

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

A Constituição enquanto fundamento democrático e os limites da Jurisdição
Constitucional como mecanismo legitimador de sua atuação

Alessandro Batista Braga

Orientador: Prof. Dr. Georges Abboud

Brasília

2022

ALESSANDRO BATISTA BRAGA

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

A Constituição enquanto fundamento democrático e os limites da Jurisdição Constitucional como mecanismo legitimador de sua atuação

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Georges Abboud

Brasília

2022

ALESSANDRO BATISTA BRAGA

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

A Constituição enquanto fundamento democrático e os limites da Jurisdição
Constitucional como mecanismo legitimador de sua atuação

Dissertação apresentada como requisito para a
conclusão do Curso de Mestrado Acadêmico em
Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Georges Abboud

Data da qualificação: 21/07/2022

Data da defesa: 29/11/2022

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Georges Abboud (orientador) – PPGD/IDP

Prof. Dr. João Paulo Bachur – PPGD/IDP

Prof. Dr. José dos Santos Carvalho Filho – IDP

Para minha esposa, minhas filhas e meus pais, que, por meio do seu amor, inspiram-me diariamente.

A razão humana tem o peculiar destino, em um dos gêneros de seus conhecimentos, de ser atormentada por perguntas que não pode recusar, posto que lhe são dadas pela natureza da própria razão, mas que também não pode responder, posto ultrapassarem todas as faculdades da razão humana (KANT, 2021, p. 17).

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo tentar demonstrar que o conceito moderno de democracia, face à complexidade social, exige que outros sujeitos, não somente os representantes eleitos pelo povo, desempenhem papéis democráticos, sem que isso traga qualquer ameaça ao preceito de que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. O foco maior será na atuação do sistema da justiça, principalmente no Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Também será objeto de estudo o sistema democrático contemporâneo e a democracia constitucional e liberal. O positivismo como mecanismo assecuratório da previsibilidade das normas e a supremacia da Constituição também serão analisados. A legitimidade do poder judiciário, com enfoque específico no exercício do controle de constitucionalidade, passa por tal análise, onde se tentará verificar se há violação democrática na atuação proeminente do sistema da justiça nas decisões relevantes sobre os rumos de uma nação.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Democracia. Judiciário. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

This dissertation aims to try to demonstrate that the modern concept of democracy, in the face of social complexity, requires that other subjects, not just representatives elected by the people, play democratic roles, without this bringing any threat to the precept that all power emanates from the people and in their name will be exercised. The greater focus will be on the performance of the justice system, mainly on the Federal Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction. The contemporary democratic system and constitutional and liberal democracy will also be studied. Positivism as a mechanism to ensure the predictability of norms and the supremacy of the Constitution will also be analyzed. The legitimacy of the judiciary, with a specific focus on the exercise of constitutionality control, undergoes such an analysis, where an attempt will be made to verify whether there is a democratic violation in the prominent role of the justice system in relevant decisions about the direction of a nation.

KEYWORDS:

Constitucionalism. Democracy. Judiciary. Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO	9
1.1 Soberania popular e separação dos poderes.....	11
1.2 Positivismo e legalidade.....	17
1.3 Força normativa da Constituição.....	21
1.4 Democracia representativa e tirania da maioria.....	25
1.5 Legitimação representativa e legitimação constitucional estrita.....	29
2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	34
2.1 Guardião da Constituição e Constituição analítica.....	35
2.2 Vocação Contramajoritária e reação legislativa.....	40
2.3 Legitimação ativa plural como mecanismo de abertura democrática.....	45
2.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade criados pela Constituição Federal.....	50
2.4.1 <i>Sistema preventivo e não jurisdicional</i>	51
2.4.2 <i>Sistema repressivo e jurisdicional</i>	53
2.4.2.1 Controle Abstrato.....	56
2.4.2.1.1 <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade</i>	57
2.4.2.1.2 <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</i>	59
2.4.2.1.3 <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>	61
3. LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE	66
3.1 Supremacia Constitucional e os riscos do controle de constitucionalidade.....	66
3.2 Fundamentação das decisões judiciais como garantia democrática.....	69
3.3 Degeneração do direito, os princípios da colegialidade dos tribunais e da reserva de plenário, e as decisões monocráticas nos órgãos colegiados..	74
3.4 O sistema normativo como limite e como mecanismo assecuratório da atuação jurisdicional.....	80
CONCLUSÃO	85

INTRODUÇÃO

Existe um debate atual acerca da legitimidade de atuação do Poder Judiciário dentro do sistema democrático, uma vez que haveria aparente contrariedade entre a máxima de que todo poder emana do povo e a existência de um Poder que não possui dentre seus quadros qualquer membro que tenha recebido voto popular.

Esta discussão ganha relevância especial face à nova ascensão do populismo, que torna a ameaçar as democracias constitucionais, especialmente com movimentos iliberais que têm acontecido em diversos países democráticos, donde se pode citar a Hungria, a Polônia, a Turquia e os Estados Unidos da América do Norte, além, é claro, do Brasil.

A situação levanta diversas questões sobre o limite de atuação do Poder Judiciário, especialmente quando suas decisões contrariam ou tornam sem efeito leis regularmente aprovadas pelo Legislativo, ou invalidam políticas públicas adotadas pelo Executivo.

O aparente conflito entre os Poderes, à vista do sistema democrático atual, que adota a independência e a harmonia entre eles, é democraticamente aceitável? Violam a legitimidade do Poder Judiciário decisões que contrariam decisões tomadas pelos poderes cujos membros são eleitos mediante escrutínio popular? Qual o papel e os limites da Jurisdição Constitucional como mecanismo de proteção da Constituição?

Esta dissertação tem como objetivo investigar tais situações, buscando caminhos e respostas possíveis à questão fundamental da pesquisa: Quais os limites de atuação da Jurisdição Constitucional dentro do sistema democrático contemporâneo, de modo a não extrapolar sua legitimidade constitucional?

A pesquisa terá como base pesquisa teórica, partindo do positivismo normativo – como base fundamental do sistema democrático moderno – passando pela análise da evolução das teorias democráticas de elevação da Constituição à condição de norma suprema garantidora dos direitos fundamentais e do funcionamento da Jurisdição Constitucional como mecanismo de proteção desta supremacia, inclusive em relação aos limites de sua atuação.

1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

A ideia ocidental de democracia¹ tal como aceita atualmente evoluiu ao longo dos últimos séculos, a partir das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, especialmente as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa².

Tais movimentos surgiram tendo como gênese a insatisfação da população em geral, principalmente a chamada burguesia, em relação aos mecanismos de exercício de poder então existentes, notadamente quanto ao absolutismo³.

O primeiro grande movimento neste sentido, a Revolução Inglesa, aconteceu na Inglaterra em meados do século XVII e resultou em uma guerra civil entre as forças monárquicas e as forças parlamentares⁴, sendo estas últimas consideradas vencedoras, o que acarretou a deposição do Rei Carlos I e a instauração de uma república^{5,6}. Neste primeiro momento, começa a surgir a ideia de constrição

¹ “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*” (BOBBIO, 2020, p. 35)

² “Se a noção de que certas leis se distinguem das demais pelo seu objeto especial – a organização do próprio poder – pode retroagir a pensadores e práticas da antiguidade, a ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII” (MENDES e BRANCO, 2020, posição 1226).

³ “Neste sentido, o marco inicial para o processo revolucionário foi a insatisfação da população, devido ao aumento da pobreza, pagamento de altos tributos, péssimas colheitas, preços altos e fome. É importante ressaltar que neste período ainda predominava uma cultura feudal, em que novas atividades e interesses econômicos eram buscados pela burguesia, que se expandia” (TREVISAN e SALES, 2020, p. 3).

⁴ “Em 1640, todavia, a maior parte das classes estava unida contra a Coroa. Os seus objetivos eram: (a) a destruição da máquina burocrática que permitira ao governo governar transgredindo os desejos da grande maioria dos seus súbditos politicamente influentes (Strafford foi executado, Laud detido, outros ministros importantes fugiram para o estrangeiro; a *Star Chamber*; o *Court of High Commission* e outros tribunais de privilégios foram abolidos); (b) a proibição de um exército permanente controlado pelo rei; (c) a abolição dos expedientes financeiros mais recentes, cuja finalidade era tornar o rei independente do controle da burguesia através do Parlamento, e que tivera como resultado a ruptura econômica e o minar da confiança; (d) o controle parlamentar (isto é, burguês) da igreja, para que não continuasse a ser utilizada como agência de propaganda revolucionária” (HILL, 1990, pp. 70/1).

⁵ “Após a vitória do exército nesta segunda guerra civil, os ‘Grandes’ e os *Levellers* aliaram-se para afastarem do Parlamento os partidários do compromisso (Pride’s Purge) e levaram o rei ao tribunal. Depois de um julgamento sumário, o rei foi executado em 30 de janeiro de 1649, como ‘inimigo público do bom povo desta nação’. A monarquia foi declarada ‘desnecessária, opressiva e para a liberdade, segurança e interesse público do povo’ e foi abolida. A Câmara dos Pares foi igualmente abolida, era simplesmente ‘inútil e perigosa’. Em 19 de maio de 1649 foi proclamada a república” (HILL, 1990, pp. 90).

⁶ “O século XVII é marcado, na Inglaterra, por intensos conflitos entre o rei e o Parlamento. Quatro reis da dinastia Stuart tentam afirmar seu poder contra os deputados que o povo elege para a Câmara dos Comuns. Isso resultará em duas revoluções. A primeira, que vai de 1640 a 1649, culmina na execução de Carlos I e na proclamação da república, que durará até 1660. A segunda, rápida e expedita, em 1688, expulsa Jaime II, coroa sua filha e seu genro, Maria e Guilherme, como reis

dos poderes absolutos do soberano, através de leis limitadoras à sua atuação.

No século seguinte, a população de colônias inglesas no continente americano também demonstrou sua insatisfação com o modo arbitrário do exercício do poder da Coroa inglesa em relação aos direitos dos cidadãos que vivem nessas colônias.

O resultado é a Revolução Americana, que dá origem a um novo país, após a Guerra da Independência, com a elaboração de uma Constituição que surge para limitar o exercício dos governantes, em clara tentativa de contenção do poder, de modo a evitar seu abuso. Era claro o intuito de garantir a liberdade dos colonos, conforme leciona Lepore:

A Declaração de Independência não era uma declaração de guerra: a guerra já havia começado havia mais de um ano. Era um ato de estado, que procurava encontrar respaldo na esfera da lei das nações. A Declaração explicava os motivos pelos quais os colonos lutavam; era uma tentativa de esclarecer que a revolução se dava porque o rei havia colocado seu povo sob o domínio de um poder arbitrário, reduzindo-o a um estado de escravidão (2020, posição 2189).

Seguindo esses mesmos ideais, na França, na década seguinte, a população do país, também infeliz com os abusos da monarquia, revolta-se contra esta e dá origem à Revolução Francesa, com a deposição e morte do Rei Luís XVI e a adoção de um mecanismo similar de contenção de poder adotado pelos norte-americanos anos antes⁷.

Com isso, surge a ideia de que o poder não pode ser absoluto e devem

constitucionais e adota o *Bill of Rights*, que traduzimos como Declaração de Direitos. Nesses conflitos se enfrentam duas ideias fortes, a do poder do rei, que não quer conhecer limites, e a dos antigos direitos do povo inglês — direitos tão antigos que seriam anteriores à invasão normanda de 1066. Do ponto de vista filosófico, a causa do rei é boa. Jaime I quer codificar a legislação, substituindo um cipoal de leis, julgamentos, precedentes. Mas codificá-la quer dizer que o rei se torna supremo legislador, sem limites a seu poder — e isso o Parlamento não aceita. O antagonista dos projetos régios não é só o Parlamento. E também o sistema judicial. A Inglaterra tem, como direito, a *common law*, que traduzimos por direito consuetudinário ou costumeiro. Enquanto na Europa continental se impôs a máxima romana *Quod principi placuit habet vigorem legis* (“Aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”), na Inglaterra a ideia forte é a dos costumes e tradições. O país assim parece estar atrasado, porque o continente já rompeu com isso no final da Idade Média e, fortalecendo o monarca como legislador, racionalizou o sistema jurídico. Mas é exatamente esse aparente atraso que servirá à sociedade inglesa para enfrentar o rei” (RIBEIRO, 2001, p. 9).

⁷ “A Revolução Francesa foi um marco importante para o processo histórico e resultou na passagem do sistema feudal para o capitalismo — o que possibilitou inovações a muitos outros países. A revolução em si proporcionou muitas transformações em seu país, tendo como as principais características: a descentralização em relação ao poder do rei; substituição da monarquia absoluta por uma parlamentar; e a adesão da classe burguesa na política. Desta forma, os movimentos revolucionários foram influenciados diretamente pelas ideias iluministas e por todas as questões relacionadas à política, economia e sociedade” (TREVISAN e SALES, 2020, p.11).

existir leis soberanas que contenham o poder para evitar seu abuso. A noção contemporânea de Constituição surge como um mecanismo democrático de exercício do poder⁸.

1.1 Soberania popular e separação dos poderes

A partir de tais movimentos, começam a surgir teorias políticas fortemente amparadas no iluminismo⁹, que buscavam combater o modelo absolutista do Estado, lutando contra a tirania e a arbitrariedade.

O direito natural, baseado em inspirações metafísicas, começa a ser abandonado em prol de concepções – cada vez mais relevantes – que valorizavam a racionalidade e, principalmente, a ideia de que o poder não era proveniente de designação divina, mas sim da reunião das pessoas em sociedade.

O primeiro expoente deste movimento, ainda durante a Revolução Inglesa, é Thomas Hobbes, em “Leviatã”, de 1651, que começa a introduzir a filosofia política de separação entre lei natural – de origem divina – e lei civil (MONTEIRO, 1998, p. 3). Também traz à luz a ideia de que esta lei natural concebe o homem em seu estado de natureza, sem limitações do Estado, mas somente por meio da limitação de outros indivíduos, o que resultaria em estado de guerra. Para encontrar a paz, os indivíduos deveriam renunciar a seu estado natural, para viver em estado de sociedade, sob a as leis do Estado (KRITSCH, 2010a, p. 5).

Diz Hobbes:

As leis da natureza sempre obrigam em consciência, mas na realidade só quando há segurança suficiente, as leis da natureza obrigam in foro interna, ou seja, estão ligadas ao desejo de vê-las cumpridas; por outro lado, nem sempre vinculam em foro externo, ou seja, quanto à sua aplicação. De fato, quem é correto e tratável, e cumpre o que promete, no lugar e no tempo em que ninguém mais o faria, sacrifica-se aos outros e busca sua ruína certa, contrariando o fundamento de todas as leis da natureza que tendem à conservação disso. Por outro lado,

⁸ “O constitucionalismo moderno tinha como doutrina principal a afirmação dos direitos fundamentais e a limitação dos poderes do Estado por meio de uma constituição que tutelasse referidos direitos” (DE SOUZA LIMA, 2016, p. 3).

⁹ “O iluminismo foi uma filosofia baseada no conhecimento advindo exclusivamente da razão. Apesar de não ter uma ideia única, o fundamento da filosofia iluminista era estabelecer o uso da razão na condução da vida em sociedade e contribuir para o seu desenvolvimento como um todo, tanto no campo intelectual, social e político, quanto moral. Apresentava um nova perspectiva para a sociedade e para o Estado e, por isso, propunha ideias que condenava toda forma de tirania, seja intelectual, moral ou religiosa. Consequentemente, o movimento iluminista condenava a arbitrariedade das instituições políticas do absolutismo” (DE SOUZA LIMA, 2016, p. 2).

quem tem garantia suficiente de que os outros observarão as mesmas leis a seu respeito, não as observa, por sua vez, não busca a paz, mas a guerra e, conseqüentemente, a destruição de sua natureza pela violência (2015, p.137).

Para tal pensador, que defende o absolutismo¹⁰, o homem não é livre e deve se submeter ao poder do Estado, pois este é intervencionista e interfere na vida privada do cidadão (MENDES e BRANCO, 2020, posição 1247).

Logo em seguida, e ainda usando como fundamento de sua teoria a dicotomia estado de natureza e estado de sociedade, surge o pensamento de John Locke, em “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, de 1689, considerado para alguns “um dos textos fundadores do pensamento constitucional produzido na era moderna, e especialmente daquele engajado nas lutas contra os absolutismos no continente europeu ” (KRITSCH, 2010b, p. 1)

Tem como base elementar o reconhecimento de que todo homem nasce livre, sendo “a liberdade individual característica do estado natural” (BORGES HORTA, 2004, p. 9) opondo-se ao que defendia Hobbes, afastando o absolutismo e estatuidando que o indivíduo cede seus direitos ao estado e que toda relação política depende do consentimento do indivíduo.

A conclusão possível é que em um estado sem poder absoluto, o indivíduo pode exercer melhor sua liberdade. Em um governo civil, o Parlamento, personificação do Poder Legislativo, passa a ser o poder supremo da sociedade civil (BORGES HORTA, 2004, p. 14).

É verdade que para esse autor, a ideia de legislativo como mecanismo de representação popular ainda era incipiente, não se moldando à noção moderna que é atualmente utilizada, senão como um poder temporário, que existiria somente para elaborar as leis necessárias, sendo dissolvido em seguida. Para Locke:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros.

¹⁰ “No modelo *hobbesiano*, o direito e sua interpretação eram legitimados como um produto de uma delegação entre atores sociais. As decisões não adquiriam validade porque produzidas por juízes de acordo com o direito, mas sim porque eram elaboradas a partir de dentro da autoridade do soberano. Toda interpretação, inclusive de leis locais e comuns, somente seria legitimada se fosse, ainda que implicitamente, vestida pela vontade do soberano. O poder do soberano sobre o Direito subjugava sua interpretação. No modelo de Hobbes, juízes não eram um poder independente das outras funções estatais e sequer exerciam sua ação de forma autônoma” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.1).

Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento, se não há trabalho a fazer; e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas podem se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a leis à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrário à finalidade da sociedade e do governo (2018, p. 117).

É neste cenário que surge o primeiro mecanismo legal de limitação ao poder do soberano, o *Bill of Rights*¹¹, como resultado da chamada Revolução Gloriosa, resguardando para o Parlamento o poder de elaborar as leis, destinando à Coroa a função de execução das leis (DE SOUZA LIMA, 2016, p. 5).

Considerado historicamente o preambular instrumento legal similar ao conceito moderno de constituição, teve como fundamento a concepção de que todo homem nasce livre e que o poder político somente pode ser exercido por representantes eleitos pelos indivíduos.

A democracia representativa aparece como mecanismo de resolução dos problemas e conflitos da sociedade, preservando ao homem todos os seus direitos inatos (BORGES HORTA, 2004, p. 18).

Na França, onde ainda permanecia o sistema absolutista, Montesquieu, que escreve “O Espírito das Leis”, em 1748, defende uma visão liberal, com o estado garantindo a liberdade, que deveria ser assegurada pela lei, que existiria não para tutelar os indivíduos, mas para garantir suas liberdades. Este pensamento surge como mecanismo de secularização, buscando afastar a ideia de que as leis teriam origem divina.

Para ele, leis são relações necessárias que derivam da natureza das coisas, pois decorrem dos fatos sociais. Na sua concepção existiam, quanto à natureza, três regimes de estado, a saber: a) despotismo; b) monarquia, e; c) república. No primeiro caso, o governante agiria além de qualquer limite, estando a legislação à sua inteira disposição. No segundo, embora exista um monarca, a legislação limita sua atuação. Por fim, a república, que seria muito mais próximo do que hoje entendemos como democracia, é o regime em que o governo é exercido por

¹¹ Declaração de Direitos, em tradução livre.

todos.

Afirma Montesquieu:

Apresentarei três definições, ou melhor, três fatos: um de que o governo republicano é aquele em que o povo incorporado, ou somente uma parte do povo, exerce o poder soberano; o monárquico, aquele em que um só governa, de acordo, porém com as leis fixas e estabelecidas; enquanto que, no despótico, um só indivíduo, sem lei e sem regra, submete tudo à sua vontade e a seus caprichos (2011, p. 31).

Os princípios de cada um desses governos seriam diferentes entre si. No regime despótico impera o medo, na república, a virtude, e, na monarquia, a honra (SORTO, 2004, pp. 8/9).

Talvez seja Montesquieu quem, nessa época, traga o conceito mais adequado de liberdade, que ainda permanece atual, ao afirmar que:

Num Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em se poder fazer aquilo que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer aquilo que não se deve querer. É preciso, portanto, que se tenha em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer aquilo que as leis proibem, ela já não mais teria liberdade, porque os outros teriam também esse mesmo poder (MONTESQUIEU, 2011, p. 253).

É considerado o criador do princípio da separação dos poderes¹². Este sistema surge, no pensamento de Montesquieu, horizontalmente e dentro do regime da monarquia, pois o monarca – que exerce o poder executivo – dá cumprimento às leis criadas pelo parlamento – no exercício do poder legislativo.

O funcionamento deste sistema encontra fundamento na honra, pois um poder limita o outro com base neste princípio, sendo atribuído ao monarca o poder de veto e ao legislador o mecanismo de limitação legislativa. Trata-se, em última análise, do sistema de freios e contrapesos.

Locke já escrevera sobre a separação de poderes, mas sem a previsão de

¹² “Deve-se observar, todavia, que a teoria da separação dos poderes, alicerçada na distribuição do poder com base nas atribuições básicas do Estado, não é original de Montesquieu, pois já tinha sido proposta por Locke no *Segundo tratado sobre o governo* (Cap. XII), onde divide os poderes em: legislativo, executivo e federativo. Mas esse modelo *lockeano* ainda é incompleto na medida em que os três poderes podem ser reduzidos a apenas dois: legislativo e executivo; visto que o poder federativo não é propriamente um poder, mas o desdobramento externo do executivo. A inserção do poder judiciário é uma contribuição inestimável de Montesquieu para o aperfeiçoamento dessa mitológica teoria” (SORTO, 2004, pp. 14/5).

mecanismos de controle de um poder pelo outro. A função judiciária, que até então não era visto como poder, é destacada e erigida ao patamar de poder, sendo que ainda ocuparia um nível inferior, do ponto de vista político, especialmente por não possuir mecanismo de controle sobre os outros poderes.

Jean-Jacques Rousseau, ao publicar “O Contrato Social”, em 1762, defende a definição de república como o regime de leis onde o interesse comum governa (ALVES, 2020, p.2). Para ele, o conceito de soberania se desloca do estado e passa a pertencer ao corpo político formado pelos cidadãos, exercido pelo Poder Legislativo, ao passo que o governo é um funcionário do povo, servindo-o e desempenhando o papel de Poder Executivo (ALVES, 2020, p.8).

A degeneração do corpo político, resultante da usurpação da soberania pelo governo, que se daria com o desrespeito às leis, é visto como causa de desintegração do Estado, pois daí surge a tirania dentro do governo, subjugando o povo e o pacto social se dissolve.

Acredita que a transição do estado de natureza para o estado de sociedade é prejudicial às pessoas, uma vez que o homem é bom por natureza, mas a sociedade o corrompe, criando a propriedade privada e estabelecendo distinções entre ricos e pobres. Com isso, verifica-se a perpetuação da desigualdade social e a ausência de liberdade material.

Propõe o contrato social, onde os indivíduos saem do estado de natureza e em um processo de transição tomam conhecimento da sua ausência de liberdade, com a implantação de uma democracia direta em detrimento da democracia representativa, pois a liberdade decorre da efetiva participação do indivíduo no processo legislativo.

É com ele que surge a ideia de soberania popular, porque o povo não transfere seus direitos naturais ao estado, pois quando o indivíduo cria a lei ele é soberano. A soberania é inalienável, indivisível, infalível e absoluta.

Diz Rousseau:

Pela mesma razão que a soberania é inalienável, ela é indivisível. Pois a vontade ou é geral ou ela não o é; ou é aquela do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e produz lei. No segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura; no máximo é um decreto (2020, p. 58).

Finalmente, quanto às modernas teorias que orientam nosso sistema

político e jurídico na atualidade, surgem os artigos federalistas, de obra de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, nos Estados Unidos da América do Norte, logo após a proclamação da independência e a promulgação de sua Constituição.

Lá, ao contrário do que acontecia na Europa, não existia o instituto da Monarquia, sendo reconhecido textualmente no preâmbulo da Constituição que o poder emanaria do povo, que consentiria ao governo o direito de governá-lo.

Para eles, a separação dos poderes seguiria a mesma tripartição proposta por Montesquieu, buscando evitar o acúmulo de poderes distintos em um mesmo corpo de indivíduos (RODRIGUES, 2017, p. 11). O Poder Legislativo surge, em um primeiro momento, como o mais poderoso dos poderes, o que demanda a criação de mecanismos de contenção pelos demais poderes da república.

Nos escritos federalistas, o Poder Judiciário apareceria como o poder mais fraco, pois, por não gozar de iniciativa, seria o que menos oferece risco à liberdade (RODRIGUES, 2017, p. 12) e necessitaria de prerrogativas tais como a independência, a vitaliciedade e a inamovibilidade para preservar sua autonomia de atuação.

Afirmam os autores:

A fim de lançar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo — o que, em certa medida, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade — é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros. Para que este princípio fosse rigorosamente observado, seria necessário que todas as designações para as magistraturas supremas do executivo, do legislativo e do judiciário tivessem a mesma fonte de autoridade — o povo — através de canais sem qualquer comunicação uns com os outros. Talvez um projeto assim de organização dos poderes seja na prática menos difícil do que parece. Contudo, exigiria algumas concessões e ônus adicionais para ser levado a cabo, admitindo-se, inclusive, certos desvios do princípio. Na constituição do judiciário, particularmente, seria desaconselhável insistir na observância rigorosa do princípio: primeiro, porque, devendo ser atendidas as qualificações peculiares de seus membros, a consideração primordial seria que a seleção assegurasse a existência de tais qualificações; em segundo lugar, porque a vitaliciedade do mandato deve, em pouco tempo, destruir qualquer laço de dependência em relação à autoridade responsável pela nomeação (MADISON, HAMILTON e JAY, 1993, p. 349).

Aliado a isso, seria prevista ainda uma atribuição deveras relevante, como mecanismo de contenção do Poder Legislativo, que seria a função de guardião da

Constituição, por meio do controle de constitucionalidade.

1.2 Positivismo e Legalidade

Com esta iluminação do pensamento humano ocorrida especialmente nos séculos XVII e XVIII é possível concluir, ao menos para os fins a que se propõe este estudo, que a fonte do poder teria origem na razão e que a lei não deveria ser instrumento de opressão, mas sim de libertação dos indivíduos face ao Estado.

Primeiramente, a filosofia política que nasce no século XIX, especialmente a desenvolvida por Augusto Comte, busca afastar completamente a teologia como fundamento legislativo ou do poder, chegando, inclusive ao extremo de fundar uma própria religião positivista, com a substituição da figura de Deus como epicentro religioso da Humanidade.

Para Comte, o amor é o princípio supremo da sistematização religiosa do positivismo, guiando os homens para a ordem e o progresso, sendo o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim (COSTA, 1951, p. 8)

Talvez a grande contribuição desse pensador para a compreensão da sociedade tenha sido a sugestão de adotar os meios investigativos das ciências naturais para os estudos da sociedade (LACERDA, 2009, p. 3), sugerindo que as ciências sociais poderiam ter mecanismos empíricos de análise de comportamento, com o ambicioso objetivo de criar uma ciência da sociedade, afirmando que ela seria “irredutível às demais ciências tanto em termos de objeto quanto de método” (LACERDA, 2009, p. 7).

Entretanto, e mesmo para fins de estudo, provavelmente o maior expoente da filosofia racional do século XIX tenha sido Immanuel Kant. Em sua teoria, principalmente na obra “Crítica da Razão Pura”, traz um distanciamento, para a compreensão das experiências humanas, da mera análise empírica, incluindo a necessária razão humana. “A filosofia transcendental reivindica, dessa maneira, que antes de conhecer por meio do objeto, é preciso se voltar para a própria razão, e compreender os limites que nos permitem conhecer através dos objetos da experiência” (DO VALLE PRETTI, 2017, p.11).

Kant busca trazer solução para um embate aparentemente intransponível entre os puramente racionais, que se valiam da dogmática para chegar a suas conclusões, sem, no entanto, possuir o conhecimento que afirmavam ter, e os

empiristas que afirmavam que as leis da natureza como sendo, em última análise, um produto do hábito humano (JÚNIOR, GARAGNANI e RODRIGUES, 2020, p. 3).

Para ele, ao falar sobre a razão humana:

Com isso, porém, ela se lança na escuridão e em contradições que pode até dirimir, supondo que alguns erros estejam ocultos em seu fundamento, mas não consegue descobri-los porque os princípios de que se serve, na medida em que extrapolam todos os limites da experiência, já não reconhecem nesta qualquer pedra de toque. O campo de batalha dessas intermináveis querelas chama-se metafísica (KANT, 2015, p. 17).

O filósofo alemão acaba por concluir que a produção do conhecimento depende de uma autoconsciência do sujeito (JÚNIOR, GARAGNANI e RODRIGUES, 2020, p. 9), fixando um dos limites da razão, ao admitir que o conhecimento tem sua origem na experiência, mas não se encerra nela.

Quanto à esfera do direito, o pensamento de Kant coloca a Jurisprudência como objeto de estudo sob o prisma da razão, afastando a ideia de jusnaturalismo em que direito e moral estariam conectados, deslocando a moral para a esfera subjetiva do indivíduo, e colocando o direito como ciência da razão humana.

Sob a sistematização clássica da escola alemã de direito público, o direito seria um sistema pleno, sem lacunas e autônomo, sem espaço para juízos de valor, tanto de natureza moral quanto de natureza política (DO AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 2).

E, inspirado no pensamento kantiano – e mesmo porque a expressão positivismo jurídico não necessariamente deriva da ideia de positivismo filosófico, embora possuam diversos pontos de contato, pois partem do mesmo pressuposto (RAMIRO e HERRERA, 2015, p. 3) – surge o juízo defendido por Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito.

O direito, como ciência social, e com base nas ideias tanto de Comte – quando adota os mecanismos de investigação científica também para as ciências sociais – quanto de Kant – com a autoconsciência do sujeito – também deveria ter seus mecanismos próprios de investigação, afastando-se das demais ciências sociais e não admitindo a interferência de elementos metajurídicos em sua estrutura.

Nas palavras de Kelsen:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?

Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental (2009, p.1).

A ciência do direito *kelseniana* se propõe, portanto, a purificar o Direito, afastando qualquer influência externa, especialmente a moral e a política, dos seus métodos de conhecimento:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta um Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única e válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 2009, p. 75).

De tal sorte, a ciência do direito, nos padrões positivistas, não mais poderia sofrer influência de experiências alheias às próprias regras jurídicas, devendo restringir-se a trazer como elementos as regras provenientes do conhecimento humano, como projeção do autoconhecimento do sujeito.

O Direito se liberta de conceitos metajurídicos – como a moral e a justiça – e passa a ter como fundamento relevante unicamente sua condição de validade, bastando que esteja inserto em um ordenamento jurídico válido (RAMIRO e HERRERA, 2015, p. 7).

Na estrutura desenvolvida por Kelsen, descreve-se o direito como ele é, e não como deveria ser, sendo a norma jurídica uma prescrição de um dever-ser e o ato humano juridicamente relevante um ser. O fundamento de validade destas normas seria escalonado, com uma norma superior atribuindo validade a normas situadas em escalas inferiores.

O fechamento de seu sistema normativo se dá, a fim de evitar o encadeamento infinito, por uma norma hipotética fundamental, que não é posta, mas sim pressuposta. Arrematando, para a teoria pura não é relevante se a norma é justa ou injusta, mas somente se é válida ou inválida.

Com isso, acaba relegando para segundo plano a técnica de interpretação

da norma jurídica, colocando-a como um mero ato de fixação de sentido às normas, com o objetivo específico de sua aplicação, de natureza prescritiva, deduzindo-a de uma estrutura jurídica positivada.

Surge, então, a ideia de moldura para a aplicação da norma, estando conforme o direito a interpretação que se mantenha dentro desta moldura, delimitada pelas várias interpretações possíveis..

Sob este panorama, Kelsen estabelece as bases para o que se chama de positivismo-normativista, onde se busca uma dimensão normativa do direito, em oposição ao que afirmava a teoria tradicional (RAMIRO e HERRERA, 2015, p. 5), com absoluto rigor científico na elaboração da teoria de uma ciência do Direito.

Nas suas palavras:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 2009, p. XI).

Assim, o Direito passa a ser, segundo a ideia de Kelsen, uma ciência pura, livre de todas as concepções metajurídicas, estranhas ao ordenamento jurídico. E, por via de consequência, decorre de tal raciocínio que o poder estatal, afastado de toda e qualquer influência divina ou natural, passa a defluir estritamente da ordem normativa, concluindo que “o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 321).

Mais recentemente, e como evolução do pensamento *kelseniano*, Norberto Bobbio qualifica o positivismo jurídico como obra do poder do Estado, ou seja, é a monopolização da atividade de produção legislativa e judicial, ligada ao poder soberano.

Diz Bobbio:

Por positivismo jurídico como teoria entendo aquela concepção particular do direito que liga o fenômeno jurídico à formação de um

poder soberano capaz de exercer a coação: o Estado. Trata-se aqui da comum identificação do positivismo jurídico com a teoria estatalista do direito. Historicamente, essa teoria é a expressão ou a tomada de consciência, por parte dos juristas, daquele complexo fenômeno na formação do Estado moderno, que é a monopolização do poder de produção jurídica por ele (2016, p. 134).

Com isso, o positivismo jurídico, além de significar a normatização das regras jurídicas, tem como óbvio significado complementar, a monopolização pelo estado soberano tanto da produção das normas positivadas quanto das decisões judiciais, no monopólio do exercício da jurisdição.

1.3 Força normativa da Constituição

Sob este prisma, de que a lei surge como mecanismo de proteção dos cidadãos contra o abuso do poder do Estado e que o Estado retira seu poder do ordenamento jurídico, destaca-se a ideia de que a Constituição, como norma jurídica suprema no ordenamento, seria o mecanismo adequado para estabelecer estas regras.

Corroborando esta afirmação, "nenhuma aquisição da civilização moderna é tanto o resultado de um planejamento intencional quanto as Constituições de que se dotaram os Estados modernos a partir do final do século XVIII" (LUHMANN, 1990, p.1), com a conclusão de que esta deve ser submetida a constantes modificação interpretativa e mutação normativa, sempre acompanhando a evolução da sociedade.

Trata-se de uma evolução do sistema da soberania. Primeiramente, remontando à época medieval em que prevalecia o absolutismo, o soberano era o monarca, que tudo podia e não encontrava quaisquer limites, retirando seu poder da força divina.

Em seguida, com as revoluções burguesas, a fonte do poder se deslocou para o povo e, principalmente segundo defendeu Rousseau, a soberania passou a ser do parlamento, verdadeiro representante do povo, o real detentor do poder.

Atualmente, sob os parâmetros da modernidade, a soberania não mais reside puramente na força do povo, que ainda permanece o detentor do poder, mas se desloca para a força normativa da Constituição, que, entre outras coisas, dispõe sobre as formas de exercício do poder soberano do povo, pretendendo limitar as possibilidades de ação de qualquer órgão do estado e levando à ruptura da

onipotência do próprio Parlamento (LUHMANN, 1990, p. 5).

Assim, a constituição passa a ocupar uma posição de soberania, sem deixar de reconhecer a soberania popular – a Constituição Federal a estabelece logo em seu primeiro artigo¹³ –, mas não mais depende de outras forças senão as suas próprias (HESSE, 2009, p. 11).

Mesmo por isso deve-se admitir que uma das principais características das constituições modernas seja justamente a historicidade, porque precisam refletir a evolução civilizatória pelas quais passaram ao longo dos anos. Esta característica se mostra necessária para que a constituição possua sua necessária efetividade, já que

nem mesmo o mais engenhoso sistema constitucional (pode) garantir efetivamente sua observância quando carece dos pressupostos necessários para alcançar sua efetiva vigência, quando a constituição não é capaz de se haver bem com a realidade de uma ordem configuradora e formadora de uma realidade histórica viva (HESSE, 2009, p. 12).

Demais, também é preciso que se reconheça que a constituição não mais pode se restringir a organizar o Estado, senão também sua característica de força integrativa e de diretriz jurídica, possuindo uma dupla função modernamente: a de fundação e manutenção da unidade política e a de criação e manutenção do ordenamento jurídico (HESSE, 2009, pp. 3 e 4).

Quanto à força integrativa, inafastável a conclusão de que a constituição não possui existência autônoma em relação à realidade, reconhecendo-se que sua essência reside justamente em sua vigência¹⁴, que pretende regular a realidade, fincando suas bases em realidades históricas, em uma relação de interdependência, pois não se restringe a se conformar à realidade social, mas também de regulá-la por meio de suas normas.

Dito de outra forma, cabe à constituição estabelecer a forma do Estado de acordo com a realidade social, mas também é sua função criar normas para a vida em

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

¹⁴ “A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida” (HESSE, 1991, p. 11).

sociedade. E é justamente desta interdependência que a constituição retira sua força normativa, quando se reconhece sua força ativa, caso a sociedade passe a orientar sua conduta de acordo com as regras constitucionalmente dispostas.

Para Hesse:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*) (1991, p.12).

Portanto, a Constituição não seria apenas a mera correlação de forças resultante dos fatores reais de poder¹⁵ (constituição real), ou mesmo reduzida a um simples pedaço de papel (constituição jurídica), e não estando o objeto do direito constitucional confinado ao estudo da justificação das relações dos poderes dominantes (HESSE, 1991, p. 1).

Ao reverso, e aí se trata de uma aquisição evolutiva da sociedade, a Constituição, ao deixar de ser – se é que efetivamente o foi – esta mera correlação de fatores reais de poder, passando a ser a relação de interdependência das relações sociais, afasta de qualquer influência da esfera constitucional o uso da força física.

Ela passa a ocupar uma posição em que a sua força normativa retira seu poder da vontade do povo. Deixa de existir a separação absoluta entre a constituição real e a constituição jurídica, que passam a atuar em uma relação de coordenação (HESSE, 1991, p. 8).

A importância dessa visão reside no fato de que, principalmente nos estados democráticos, sendo a constituição a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, não faria sentido que esta somente se assentasse ou refletisse os fatores reais de poder conforme definido por Ferdinand Lassalle, pois não se poderia falar em democracia, já que as minorias, as que não possuem exercício efetivo de poder, não teriam seus direitos protegidos ou respeitados.

¹⁵ “Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, 1933, p. 18).

O sistema democrático exige, tanto quanto possível, que todas as esferas da sociedade, e não apenas as dotadas de alguma força ou poder, possam influenciar ou decidir como se dá a elaboração de uma constituição – ou mesmo das leis –, pois, do contrário, esta careceria de qualquer força normativa, não podendo sequer ser considerada, sob o prisma democrático, uma constituição¹⁶.

Na democracia, o poder não reside na mão de apenas um ou de poucos, mas de todos ou, quando isso não se mostra possível, da maioria (BOBBIO, 2017, p. 39).

A constituição precisa estar aberta à mutação constitucional, adequando-se às novas realidades sociais que se apresentam com a evolução da sociedade. Esta mutação pode se dar seja por meio de alteração do próprio texto da constituição – utilizando-se dos mecanismos de modificação constitucional quando permitidos pela própria – seja por novas interpretações temporalmente adequadas do texto normativo (COELHO, 2006, p. 1).

Entretanto, essa abertura constitucional não se pode dar de maneira absoluta. É preciso que se respeite a ideia de que a Constituição é, antes de mais nada, um instrumento normativo que, mesmo influenciado pela relação de interdependência com a sociedade, não pode desta sofrer intervenção direta, sendo necessário que se observe sua principal característica, fechando-se para a manutenção daquilo que se considera essencial para a si e para o Estado Democrático de Direito.

Assim, o império da lei, a divisão dos poderes, a legalidade da administração e os direitos e garantias fundamentais se mostram além desta interferência, posto se tratar de pedras fundamentais da própria ideia de democracia (COELHO, 2006, p. 4).

Diante de tais afirmações, pode-se concluir que o estudo da Constituição não se resume à constituição jurídica – como se poderia depreender dos preceitos puramente positivistas – nem mesmo unicamente referente às condições políticas e sociais – como poderia sugerir a sociologia ou a ciência política – mas sim de um estudo que envolve a relação entre a normatividade e a realidade fática.

E, a partir daí, cabe ao Direito Constitucional criar mecanismos de

¹⁶ “Fruto de uma decisão essencialmente política, toda lei fundamental deve ser vista e vivenciada como o *estatuto do poder*, não de qualquer poder, é claro, mas tão-somente do poder socialmente democrático, pois do contrário não há sequer falar em constituição” (COELHO, 2006, p. 2)

interpretação e de dogmática aptos a permitir que a aplicação da Constituição se dê de maneira mais próxima à excelência possível.

1.4 Democracia representativa e tirania da maioria

O atual sistema democrático que tem sua gênese nas revoluções liberais, continua a evoluir com a própria sociedade. A noção de democracia¹⁷ não é estática e avança conforme as limitações ao Estado vão se consolidando em respeito às liberdades dos indivíduos. É a concretização do Estado de Direito, que seria:

um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder (BOBBIO, 2017, pp. 46/7).

A ideia original de Rousseau de democracia direta não se mostra realizável nos estados modernos, sendo necessária a criação de um sistema em que se dê espaço de participação do povo, com a concretização da soberania popular. Assim, surge a concepção de democracia representativa, que personifica o conceito de democracia moderna¹⁸.

E esta democracia, alinhada aos ideais modernos, encontra maior sustentáculo em um sistema de proteção das liberdades individuais, que passaram a ser constitucionalizadas dentro do Estado de Direito.

A democracia também vai se basear no fato de que a soberania popular será melhor exercida tanto quanto for maior a participação da população na escolha dos representantes democráticos.

Com isso, e com a evolução do estado moderno, o sufrágio universal surge como mecanismo de maior efetivação democrática, não mais atribuindo a poucos o direito de participação popular. Esse aperfeiçoamento democrático não se restringe ao sufrágio universal, sendo criados mecanismos como a alternância de poderes, a

¹⁷ “Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo” (BOBBIO, 2021, p. 177)

¹⁸ “Se por democracia moderna entende-se a democracia representativa, e se à democracia moderna é inerente a desvinculação do representante da nação com respeito ao singular indivíduo representado e aos seus interesses particularistas, então a democracia moderna pressupõe a atomização da nação e sua recomposição num nível mais elevado e ao mesmo tempo mais restrito que é o das assembleias parlamentares” (BOBBIO, 2017, p. 60)

limitação dos mandatos, as liberdades de expressão, reunião e associação, entre outros.

Estes os elementos do estado moderno que são desenvolvidos como mecanismos de contenção do exercício do poder, mesmo com o reconhecimento da soberania popular.

O poder supremo, que se relaciona com o conceito de soberania, não mais se confunde com poder absoluto, pois sofre limitações constitucionais, tais como a separação dos poderes e os direitos fundamentais.

Estas limitações encontram fundamento justamente na Constituição.

Portanto, a democracia e o liberalismo estão interligados, guardando relação de interdependência nos estados modernos, pois a democracia funciona como salvaguarda dos direitos fundamentais e a manutenção destes direitos fundamentais se mostra vital para o funcionamento da democracia (BOBBIO, 2017, p. 65).

Assim, à democracia compete a adoção de mecanismos de escolha dos governantes e ao liberalismo cabe limitar o exercício do poder, cuidando das funções do governo.

Entretanto, não são apenas as liberdades que se mostram relevantes nos estados modernos. Atualmente também se eleva como direito fundamental a igualdade. E agora não se trata somente de proteger o indivíduo contra os abusos de poder do estado, senão também de lhe assegurar, por meio de políticas de estado, mecanismos de proteção social.

Os direitos não são mais apenas de abstenção estatal, mas também de atuação do estado para assegurar não apenas a igualdade material como também a igualdade formal.

E com essa nova configuração, que se torna mais enfática no início do século XX, surge um novo desafio para a democracia, o de não permitir que estas igualdades se consubstanciem em porta de entrada para abuso do exercício do poder, ao admitirem um papel mais intervencionista do estado na vida da sociedade democrática.

É dentro desta correlação de forças antagônicas, e aparentemente inconciliáveis, recebendo de Bobbio a denominação de movimentos antiéticos¹⁹, que

¹⁹ “O fato de movimentos antiéticos como o movimento liberal e o movimento socialista tenham ambos abraçado o ideal democrático a ponto de darem origem a regimes de democracia liberal e a regimes

o constitucionalismo²⁰ vai buscar criar mecanismos efetivos de limitação com o fito de evitar o abuso de poder.

A democracia passa a exigir, para sua concretização, não apenas a proteção dos direitos de participação política – tanto ativa quanto passiva – mas também sistemas de promoção de igualdade social, a fim de possibilitar a todos os cidadãos meios de intervenção política consciente.

Não mais se pode conceber um estado que preveja a igualdade material em que todos possam exercer o sufrágio universal sem atribuir a igualdade formal de conscientização de todos a respeito da importância de seu exercício político.

Porém, mesmo dentro do sistema democrático, surge uma ameaça que pode ser traduzida como “ímpia e detestável a máxima que diz que em matéria de governo a maioria de um povo tem o direito de fazer tudo; no entanto coloco nas vontades da maioria a origem de todos os poderes” (TOCQUEVILLE, 2019, p. 345).

Daí que é possível verificar que, a partir do fato que o poder reside na vontade da maioria, pode se dar uma tirania dessa maioria. E isso pode acontecer dentro do sistema democrático. A solução para tal problema não é retirar do povo seu poder, mas sim criar mecanismos de proteção contra a tirania.

A institucionalização do sistema democrático, é uma solução importante gestada no seio das democracias modernas contra o populismo, já que o império das leis não deve somente resguardar a vontade das maiorias, mas proteger a todos. Esse sistema de soluções se mostrou fundamental, especialmente no pós-guerra, com as experiências nazista e fascista.

Porém, e como comprovado por diversos pesquisadores, a democracia liberal se encontra sob ameaça de um crescente movimento populista, com a ascensão tanto da extrema esquerda quanto da extrema direita, em que as instituições são destruídas de dentro para fora, sem a necessidade de ataques externos, como os

de democracia social, embora não socialista (um regime que seja ao mesmo tempo democrático e socialista até agora não existiu), pode fazer pensar que desde há dois séculos a democracia é uma espécie de denominador comum de todos os regimes que se desenvolveram nos países econômica e politicamente mais avançados” (BOBBIO, 2017, p. 95)

²⁰ “Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes — a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado. O aspecto ideológico está no tom garantístico (como decorrência da limitação do “poder”) pregado pelo constitucionalismo” (TAVARES, 2021, p. 26)

tradicionais golpes de estado.

A degeneração democrática se dá pela erosão das instituições. Como lecionam Levitsky e Ziblatt:

Como autoritários eleitos destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, a investida contra a democracia começa lentamente. Para muitos cidadãos, ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais pelas supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, ‘limpar’ as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional (2018, p. 91).

Portanto, a vigilância contínua para a proteção das instituições, principalmente para o caso deste estudo da Corte Suprema, uma vez que um dos mecanismos mais eficazes de degeneração da democracia é a captura dos árbitros²¹, mostra-se fundamental para a própria manutenção da democracia liberal.

Tal vigilância se torna mais relevante ainda após os recentes movimentos populistas verificados em vários países do mundo, inclusive no Brasil, onde o argumento de que o único poder soberano é o do povo ganha cada vez mais força.

O novo populismo é insidioso por natureza, pois não ataca expressamente o conceito de democracia, já que defenderia o poder do povo, mas sim as instituições, especialmente aquelas que não retiram sua legitimidade do voto popular.

Nas lições de Yascha Mounk:

É por isso que a única maneira de compreender esses movimentos novos é distinguir entre sua natureza e seu efeito provável. Para entender a natureza do populismo, devemos admitir que ele é tanto democrático como iliberal – que ele busca expressar a frustração do povo e dominar as instituições liberais. E para compreender seu efeito provável, devemos ter em mente que essas instituições liberais são, a longo prazo, necessárias para a sobrevivência da democracia: depois que os líderes populistas se livrarem dos obstáculos liberais que

²¹ “Capturar os árbitros dá ao governo mais que um escudo. Também oferece uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei de maneira seletiva, punindo oponentes e favorecendo aliados” (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 92).

impedem a expressão de sua vontade popular, fica muito mais fácil para eles dar as costas ao povo, quando as prioridades deste começarem a entrar em conflito com as suas (2019, p. 52).

Inevitável a conclusão de que o sistema de institucionalização democrática demanda vigilância constante ante as ameaças permanentes, especialmente diante da nova ascensão das ideias populistas, a fim de que se evite um retrocesso democrático.

O principal mecanismo de proteção da sociedade contra a tirania da maioria é um sistema constitucional positivado, com a constitucionalização dos direitos fundamentais²², protegido por um poder judiciário independente²³ e não sujeito ao sistema democrático de escolha, por mais contraditório que isto possa parecer.

A proteção constitucional dos direitos e garantias fundamentais e a determinação de obrigatoriedade de cumprimento das prestações sociais seriam levadas a cabo por uma magistratura forte e independente do poder político (BOBBIO, 2017, p. 48).

A democracia moderna exige o reconhecimento de que todo poder emana do povo que o exerce por meio de sufrágio universal, estando representado em dois poderes políticos distintos, um para elaborar e outro para dar cumprimento às leis, tendo como regra de proteção uma constituição soberana que prevê os direitos e garantias fundamentais e os direitos sociais, que serão assegurados por um poder judiciário independente dos poderes políticos²⁴.

1.5 Legitimação representativa e legitimação constitucional estrita

²² “Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Essa proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares” (KELSEN, 2019, p. 67).

²³ O caminho para a independência do Poder Judiciário passa pelo surgimento do Iluminismo e de suas críticas ao absolutismo. No direito uma das mudanças mais importantes é a troca dos fundamentos jusnaturalistas de legitimidade do poder do Estado. Assim, a aceitação de que o soberano não foi nomeado por Deus, mas que sua legitimidade decorre de um fictício contrato social, simboliza um dos maiores processos de secularização da era moderna” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.1).

²⁴ “A independência do Poder Judiciário está diretamente relacionada à autonomia do direito. Ele somente é independente se a interpretação do direito estiver assentada diretamente no próprio direito. O que, por sua vez, fará com que os Poderes Executivo e Legislativo devam pautar seus atos no próprio direito, porque agora, passa a haver o controle de constitucionalidade, como mecanismo para correção das leis e dos atos administrativos produzidos de forma contrária ao direito” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.1)

A consolidação da noção de Estado de Direito²⁵ no seio dos estados modernos impõe a adoção de mecanismos de proteção do sistema, resguardando-o contra a tirania da maioria e contra as investidas populistas, reservando a um dos poderes, alheio à soberania popular, a função precípua de guardião da Constituição²⁶.

Historicamente, a ideia de poder judiciário originada com as revoluções burguesas era de um judiciário fraco, ocupando, hierarquicamente, uma posição inferior aos poderes políticos²⁷.

Na França revolucionária a atividade jurisdicional se restringia ao silogismo formal, cabendo ao juiz a função de “boca da lei”, limitando-se à aplicação da lei – a expressão da vontade nacional, fundada na soberania popular –, executando impessoalmente e uniforme a vontade do legislador, não lhe sendo permitido nenhum papel interpretativo da norma (VASCONCELOS, 2013, p. 4/5).

Da mesma forma, nos Estados Unidos o papel do judiciário se dá, na visão dos escritores federalistas, como o poder mais fraco de todos, nos seguintes termos:

Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, em não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando, em última instância na dependência do auxílio do braço do executivo até para a eficácia de seus julgamentos. Este simples quadro da matéria sugere várias consequências importantes. Prova incontestavelmente que o judiciário é incomparavelmente mais fraco que os outros dois poderes; que jamais pode atacar com sucesso qualquer dos dois; e que todo cuidado

²⁵ “O Estado de Direito, à semelhança da Constituição, transforma-se conforme o passar do tempo, de modo que, seja enquanto situação de fato, seja enquanto princípio, não constitui conceito estanque: muda em conformidade com os perfis das Constituições vigentes – ora é Estado Liberal de Direito, ora Estado Democrático de Direito, ora Estado Social de Direito. É tão frequente a mudança que, segundo ensina Norbert Lösing, é mais simples atribuir-lhe a denominação de *Estado Constitucional de Direito* ou, conforme é a praxe hodiernamente, *Estado de Direito*, posto que na atualidade pressupõe-se que o Estado de Direito seja sempre constitucional” (ABBOUD, 2021b, p. RB-9.2).

²⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...) (BRASIL, 1988).

²⁷ “Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era, todavia, pelas taras do ancien régime, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil” (BONAVIDES, 2004, p. 6).

possível é necessário para capacitá-lo a se defender contra os ataques dos outros (HAMILTON, MADISON e JAY, 1993, p. 479).

Portanto, na gênese das revoluções burguesas do século XVIII, pode-se concluir que o Poder Judiciário ainda não ocupava uma posição de igualdade com os demais poderes, sendo reservado ao Legislativo a função de principal destaque, assentado no recém consolidado conceito de soberania popular²⁸.

Porém, e ainda sob o signo destas revoluções, adotou-se o positivismo como forma de exercício do poder político, por meio de estabelecimento de um governo das leis, que substituiu o antigo regime de governo dos homens, instaurando-se o reino da razão²⁹. E a lei máxima que ampara a positivação do Estado e dos direitos do cidadão é a Constituição, sendo o constitucionalismo o mecanismo próprio de salvaguarda e de manutenção dos direitos previstos³⁰.

Conforme ensina Bobbio:

Costuma-se chamar de 'constitucionalismo' à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pelas barreiras que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos (2021, p. 132).

E é justamente sob este prisma que o Poder Judiciário passa a ter um papel forte dentro do Estado de Direito, não mais sendo mera “boca da lei” – como os franceses o viam – ou o poder mais fraco ante os demais, sem a força da espada ou o controle da bolsa – como visto pelos federalistas. A ele é incumbida a primordial função de resguardar o ordenamento jurídico, que fundamenta a existência do Estado,

²⁸ “Na idade moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo” (COMPARATO, 2004, p.1).

²⁹ “Todas as primeira constituições escritas, tanto as americanas como as francesas, nascem sob o signo da missão histórica extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e as transformando em lei positiva com um constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios” (BOBBIO, 2021, p. 127).

³⁰ “Costuma-se chamar de 'constitucionalismo' à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pelas barreiras que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos” (BOBBIO, 2021, p. 132).

como guardião da Constituição.

Contudo, observa-se uma aparente contradição entre o afirmado acima e a máxima de que todo poder emana do povo, uma vez que o poder judiciário não é composto por membros eleitos popularmente, senão, por exemplo, selecionados por intermédio de sistemas meritórios de concurso público – no caso dos magistrados de primeira instância – ou por meio de indicação política do chefe do Executivo e avalizado com a participação dos representantes dos Estados federados – no caso dos membros do Supremo Tribunal de Federal³¹.

Nesse sentido, afigura-se a necessidade de haver uma separação de duas espécies distintas de legitimação, ambas estabelecidas na Constituição: a popular e a constitucional estrita, sendo que, em que pese possuírem a mesma gênese, não são equivalentes entre si.

A primeira, consolidada no parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira³², estabelece a prevalência, dentro dos poderes políticos, a legitimação decorrente da soberania popular, com a escolha dos membros dos poderes Executivo e Legislativo se dando mediante sufrágio universal, por eleição direta. Esta é a legitimação representativa, atrelada à noção de democracia representativa³³.

Por outro lado, a Constituição cria uma outra forma de legitimação, atribuída aos membros do judiciário, estritamente vinculada ao sistema normativo constitucional, não guardando qualquer relação com a legitimação representativa – ligada à soberania popular. Agora, a legitimação é fundada na ideia de supremacia constitucional, consolidada na noção de estado moderno, mais precisamente na de Estado de Direito.

A justificação desta legitimidade, dentro do sistema democrático – que pressupõe a soberania popular – vai encontrar respaldo no exercício do poder constituinte originário, fonte primária de poder dentro do constitucionalismo³⁴.

³¹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988)

³² Art. 1º (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

³³ “Que constitui, ao menos nos países com certo grau de civilização, o prosseguimento natural de um Estado que deseja assegurar aos seus cidadãos o máximo de liberdade” (BOBBIO, p. 83, 2017).

³⁴ “A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta

Portanto, o Poder Judiciário não retira sua legitimação e força democrática da vontade do povo. Sua legitimidade democrática decorre de uma fonte racional de poder, positivada por um poder constituinte originário³⁵.

Embora distintas, ambas as espécies de legitimação encontram limite de atuação e funcionamento na Constituição, não podendo extrapolar suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. É a supremacia da Constituição^{36,37}.

Porém, a legitimação constitucional estrita também vai encontrar restrições além da Constituição, estando o Poder Judiciário não apenas limitado pelas normas constitucionais, senão pela própria ordem jurídica e pelas normas criadas pelos poderes políticos.

Dito de outra forma, o Poder Judiciário, que não se submete ao controle exercido pelo povo por meio de escrutínio, sofre este controle popular de maneira indireta, limitado pelas leis aprovadas pelos representantes do povo, ou seja, pelos poderes políticos³⁸.

É justamente a partir dessa relação de sujeição tanto constitucional quanto legal que o Judiciário deve encontrar sua legitimação, porque não sujeito ao controle popular direto.

a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política” (MENDES e BRANCO, 2020, posição 2552)

³⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

³⁶ “O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 2670).

³⁷ “A supremacia da Constituição é um princípio que distingue o poder hierárquico a toda e qualquer norma oriunda do texto constitucional” (DE LIMA PINTO e JUNG, 2019, p. 9).

³⁸ “Constatadas a ineficiência da organização estatal e a correlata ineficácia dos mecanismos democráticos (v.g.: o voto) em contorná-la, não restará outra opção ao cidadão senão recorrer aos órgãos jurisdicionais, cuja atuação é precipuamente direcionada pelo Direito, não por um ideário político. Os sistemas jurídico e político, apesar de ontologicamente separados, mantêm um intenso intercâmbio, permitindo que (a) os tribunais, observadas as balizas estabelecidas pelo sistema político, profiram decisões que assumam uma feição politicamente inovadora e (b) as instituições representativas, observados os limites impostos pelo direito, criem um direito novo” (GARCIA, 2008, p. 9).

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente, o mecanismo de controle de constitucionalidade surge para equiparar o poder judiciário aos demais poderes, permitindo-o utilizar do mecanismo de controle de legalidade em relação a estes.

A ideia é primeiramente ventilada pelos escritores federalistas americanos que, ao justificar a necessidade de um Poder Judiciário forte, entendem necessário que este tenha a função de guardião da constituição³⁹ – embora não esteja previsto expressamente no texto constitucional americano o sistema de controle de constitucionalidade.

De fato, o controle de constitucionalidade (*judicial review*, em inglês) somente tem origem em decisão da própria Suprema Corte americana, não havendo, até os dias atuais, nenhuma previsão específica sobre o exercício de guarda da constituição na Constituição Americana⁴⁰.

Entre nós, a previsão de controle de constitucionalidade aparece na primeira Constituição Republicana, ainda que de maneira difusa (VAINER, 2010, p. 9), somente surgindo o sistema abstrato de controle de constitucionalidade com a Carta de 1934⁴¹, com atribuição ao Supremo de verificar a constitucionalidade do ato normativo que decretasse a intervenção federal.

Esta regra vem sendo repetidamente prevista no texto constitucional, com maior ou menor autonomia, a depender da realidade histórico-política por nós atravessado.

³⁹ “A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma diferença irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes” (HAMILTON, MADISON e JAY, 1993, p. 481).

⁴⁰ “A Constituição da Filadélfia não se preocupou em estabelecer diretriz insofismável quanto ao órgão ou poder competente para dirimir confronto entre uma lei ordinária e a própria Constituição. Não poderia ser o Congresso o intérprete final? Por que o Judiciário? Só porque era o ‘menos perigoso’ dos três poderes? Laurence Tribe observa que Marshall pôs fim à ‘indeterminação constitucional’, estabelecendo o *postulado* de que tocava aos juízes interpretar e aplicar a Constituição” (MACIEL, 2006, p. 2).

⁴¹ “Assim, pela primeira vez na história do Brasil, o Supremo Tribunal Federal tinha competência para verificar a constitucionalidade da lei em tese, não necessitando que a questão fosse arguida como preliminar em ação comum, inaugurando o controle concentrado de constitucionalidade no país. Em outras palavras, o Supremo poderia analisar a lei servindo-se de um processo cujo objetivo era justamente a análise da constitucionalidade da lei que decretava a intervenção federal. Não deixava de ser, portanto, um controle concentrado e abstrato, pois a competência pertencia a um único órgão e o objeto da análise era uma lei em tese” (VAINER, 2010, p. 14).

A noção de controle de constitucionalidade ganha relevância, neste estudo, quando se compreende que a Supremacia da Constituição é o mecanismo garantidor do sistema democrático⁴², não podendo estar sujeita às variações políticas, sendo assegurado a um poder não político, especificamente o Judiciário, a proteção da Constituição.

Sobre a supremacia da Constituição, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Celso de Mello:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica. Essa posição de eminência da Lei Fundamental – que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição – estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia “ex nunc” ou eficácia “ex tunc”), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição (BRASIL, 2014).

Por outro lado, também ganha importância a necessidade de estudo acerca dos limites de atuação desse controle, a fim de que não descambe para um exercício abusivo, especialmente quando realizado por um poder que não está sujeito a um *accountability* popular. É preciso que se identifique claramente quais os limites para a atuação da jurisdição constitucional.

2.1 Guardião da Constituição e Constituição analítica

Os escritores federalistas, ao defenderem a ideia da necessidade de um

⁴² “Numa república democrática, os controles institucionais de abuso de poder pelos órgãos do Estado são de duas espécies: o horizontal, ligado ao mecanismo da separação de Poderes, e o vertical, fundado na soberania popular. Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular (COMPARATO, 2004, p. 6).

judiciário forte, com a vitaliciedade dos magistrados como garantia de sua proteção contra influências externas, sustentavam que a ele competiria a guarda da constituição⁴³, que não poderia se sujeitar às vontades políticas de ocasião, trazendo como fundamento a proteção de um sistema jurídico que assegurasse aos cidadãos a garantia de obediência, tanto pelo Estado quanto pela sociedade, às regras do jogo.

O caso mais relevante, e, para muitos, o primeiro, de *judicial review*⁴⁴ se deu no julgamento pela Suprema Corte do Estados Unidos da América do caso *Marbury vs. Madison*⁴⁵, em 1803, quando, dentre outros, William Marbury, um dos juízes indicados pelo ex-presidente John Adams, impetrou, perante a Suprema Corte,

⁴³ “Nesse caso, se os tribunais de justiça devem ser considerados os bastiões de uma Constituição limitada contra os abusos legislativos, essa consideração ofereceria forte argumento para o caráter vitalício dos cargos judiciais, uma vez que nada contribuirá tanto quanto isto para a conservação pelos juízes desse espírito independente que será essencial para o desempenho consciencioso de tão árdua missão” (HAMILTON, MADISON e JAY, 1993, p. 482).

⁴⁴ “O caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, correu e corre mundo. É um marco do constitucionalismo universal, pois fixou as bases da *judicial review*, ou seja, de o Judiciário poder rever as leis ou os atos da administração pública” (MACIEL, 2006, p. 2).

⁴⁵ “No finalzinho do governo do federalista John Adams (1791-1801), o Congresso promulgou a Lei Orgânica do Distrito Federal (*District of Columbia Organic Act*), atribuindo ao presidente da República (Adams) o provimento, com a aprovação do Senado, de 42 cargos de *justice of the peace*. Alguns nomeados receberam imediatamente seus títulos de nomeação. Dezesseis outros, porém, ficaram para trás, uma vez que o *secretary of State* (John Marshall) não teve tempo – ainda que tenha varado boa parte da noite – de colocar o *Great Seal of the United States* (equivalente à nossa “Armas da República”) em todos os documentos ou mesmo de entregar os títulos de nomeação já prontos. No dia seguinte, muda o governo, que passa a ser (pela primeira vez) republicano. Jefferson assumiu a presidência da República, nomeando Madison *secretary of State*. John Marshall, por sua vez, por designação do governo anterior (Adams), passou a ocupar a presidência da Suprema Corte. Alguns *justices of the peace* nomeados e não titulados (entre eles William Marbury, um próspero comerciante de Georgetown) ajuizaram, por meio do advogado Charles Lee (1758-1815), um *writ of mandamus* na Suprema Corte no mês de dezembro de 1801 com o escopo de forçar o novo *secretary of State* (Madison) a lhes entregar os títulos de nomeação. Com o governo republicano e as duas Casas do Congresso, ambas dispendo de maioria republicana, os juízes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*. A impetração de Marbury se fez com base na seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789. A redação do dispositivo legal não era das mais claras: dava competência, entre outras, à Suprema Corte para julgar “*writs of mandamus, in cases warranted by the principle and usages of law...*” (COMMAGER, 1958, p. 153 et seq.). Muito embora não se pudesse extrair do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do *writ* aforado por Marbury e outros, Marshall, de modo sub-reptício e altamente engenhoso, disse que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgar o *writ*. A competência, todavia, estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se com clareza que ficou dito que acima do Congresso (que havia editado a Lei Orgânica) estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Constituição. Em decorrência, a ação judicial de Marbury e outros não tinha como tramitar na Suprema Corte. A vitória (na aparência) do Governo (Jefferson) estava assegurada. Aparentemente estaria afastada a quase certa tentativa de *impeachment* dos juízes federalistas da Suprema Corte. Todavia, antes de chegar ao resultado (inconstitucionalidade da seção 13), Marshall, manhosamente, antecipou *obiter dictum* o mérito da questão, afirmando que William Marbury e seus companheiros tinham, sim, direito de receber os títulos de nomeação. A nomeação dos *justices of the peace* havia sido válida, já que precedida do assentimento do Senado” (MACIEL, 2006, p. 4).

um *writ of mandamus* (um instrumento processual que pode ser equiparado ao nosso mandado de segurança) com o objetivo de impelir o Secretário de Estado, James Madison, a realizar a nomeação para o cargo ao qual havia sido indicado.

O resultado do julgamento, ao consignar que somente a Constituição Americana poderia atribuir competência à Suprema Corte, decretou a desconformidade da lei que dispunha que competiria à Corte o julgamento de tal *writ*.

Assim, surge, pela primeira vez, a ideia de que a Constituição deveria ocupar uma posição de supremacia em relação aos poderes por ela constituídos e às forças políticas da sociedade, de modo a proteger e a resguardar os cidadãos contra eventuais abusos de poder⁴⁶. E a função de guarda da Constituição deve ser atribuída ao Judiciário, um poder sem representação política, guiado tecnicamente⁴⁷.

Importante o destaque de que essa decisão, gestada pelo mesmo personagem que fora responsável pela nomeação dos juízes – dentre eles William Marbury – que gerou o imbróglio não foi fruto exclusivamente de uma análise puramente jurídica da questão, mesmo porque permeada por diversos fatores políticos que envolviam o caso em si, com uma disputa política ferrenha entre os partidários do governo anterior (de John Adams, federalista, assim como John Marshall) e do governo então incumbente (de Thomas Jefferson e James Madison, democrata-republicano).

Este destaque ganha relevância quando o que se analisa é o fato de que o Poder Judiciário, especialmente para os escritores federalistas, era visto como o mais fraco dos poderes (como já estudado aqui) e ganha destaque como poder responsável pela solução de problemas não resolvidos pela política, tendo como fundamento a Constituição, como Lei Fundamental da organização do estado e da separação dos poderes⁴⁸.

⁴⁶ “Em outras palavras, além de a Constituição tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico, do qual ela tomou o posto nuclear de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, ela passou a ser ativada na fundamentação das pretensões individuais e concretas da população, diariamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário” (CONTINENTINO, 2016, p. 13).

⁴⁷ “A partir do caso *Marbury vs. Madison*, fica expressamente registrado que o *judicial review* constitui elemento fundamental para garantir a concretização da Constituição Federal. Nesse sentido, asseveramos que a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) possui a natureza de direito fundamental. Do contrário, ter-se-ia que admitir a existência de situações em que o cidadão ficaria obrigado a submeter-se a situações e atos formalmente legais, mas em desconformidade com o que está previsto na Constituição Federal” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.13).

⁴⁸ “Para além da polêmica, o que parece mais interessante nesse debate é tentar compreender *Marbury* no contexto em que se insere e perceber que a decisão ajudou a disseminar o entendimento de que os juízes americanos poderiam tratar a Constituição como suprema lei ou superestatuto, que deve

Em outras palavras, colhe-se a lição de que a Constituição deve prevalecer enquanto lei suprema e fundamental e compete ao Judiciário declarar a incompatibilidade entre as leis ordinárias e a Constituição, deixando de aplicá-las, ainda que não provocados para tanto (BRUCH, 2020, p. 10).

É a partir desta noção de supremacia constitucional, que surgem, no constitucionalismo contemporâneo, os mecanismos de proteção efetiva da Constituição, posto que esta deixou de ser a norma que servia somente para organizar o Estado e catalogar direitos fundamentais, passando a estruturar tanto o espaço público quanto o privado, regulando também, em última análise, a vida em sociedade⁴⁹.

Com isso, surge a ideia de justiça constitucional, que seria justamente a efetivação de um sistema de proteção da Constituição contra as ameaças institucionais ou externas⁵⁰, de modo a trazer intangibilidade às normas constitucionais que resguardem os direitos dos cidadãos – inclusive os das minorias – contra eventuais violações políticas das maiorias⁵¹.

ser interpretado e integrado com o conjunto de normas do corpo jurídico (WOOD, 1999, p. 801-802). Ou seja, a Constituição passou a ser compreendida como norma jurídica efetiva pelo Judiciário (e não apenas uma carta de declaração de princípios políticos destituída de força vinculante) e como objeto do processo hermenêutico de interpretação e de aplicação jurídica (*to expound the law*), conforme ocorria até então com as leis ordinárias. Em certo sentido, pois, deu-se um processo de ‘legalização’ da *fundamental law*” (CONTINENTINO, 2016, p. 14).

⁴⁹ “As múltiplas ondas de constitucionalização desde 1945, mediante incorporação de declaração de direitos no texto constitucional, com suas características usuais de supremacia e dotada de força normativa, têm sido uma característica padrão, que agora associamos à característica usual do Estado Constitucional. Na verdade, não é só que os direitos agora são tipicamente ou presumidamente vislumbrados como parte do direito constitucional, mas sua proteção passou a ser vista como a função central e primária do direito constitucional. Essa transformação se iniciou na República Federal da Alemanha pós-nazista, aos Estados pós-comunistas na Europa Central e Oriental, as democracias pós-junção na América Latina e a África do Sul pós-apartheid. Esta centralidade é comumente expressa pela localização de uma declaração de direitos no início dos textos constitucionais modernos. Nesse contexto, Peter Häberle oferece conceito amplamente democrático sobre o que seria a Constituição. Para o insigne constitucionalista, a Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição “do Estado”: ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição, num Estado Democrático, não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, consubstanciando, assim, a sociedade. Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.3).

⁵⁰ “A existência de um texto escrito, de cunho estrutural e caráter fundante, torna necessária a existência de um órgão que vele pelo respeito à supremacia constitucional, evitando que espécies normativas derivadas terminem por se sobrepor ao seu próprio fundamento de validade. Objeta-se, no entanto, que a norma constitucional não é um mero *fato objetivo*, a ser simplesmente *constatado*; em verdade, ela inevitavelmente assumirá os contornos que lhe sejam dados pelo Tribunal, instância última de controle” (GARCIA, 2008, pp. 6/7).

⁵¹ “Se é verdade que a Constituição regente de um Estado Democrático institui e coordena o espaço público e o privado que compõem a sociedade, de modo que versa sobre disposições da máxima

Nas palavras de Georges Abboud:

A jurisdição constitucional assegura a proteção das minorias e dos direitos fundamentais. Tal concepção tornou praticamente uníssono o entendimento de que, atualmente, o processo constitucional pode ser definido como o subsistema processual responsável por assegurar a solução dos conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado, bem como o *locus* privilegiado para a proteção e implantação dos direitos fundamentais (2021b, p. RB-2.5).

Corroborando este entendimento, assim se manifestou o ministro Alexandre de Moraes, em julgamento do Supremo Tribunal Federal referente à proibição de aplicação de ideologia de gênero em escolas municipais:

Sobre o tema, destaco que a premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria (BRASIL, 2020).

Nessa toada, os tribunais constitucionais, dentro do sistema contemporâneo de Estado de Direito, ganham status de atores relevantes na estrutura social do próprio estado, pois

O Tribunal Constitucional exerce enorme influência no desenvolvimento do Estado de Direito, posto que fica a seu cargo a interpretação final dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, interpretação essa que se realiza, precipuamente, no âmbito da jurisdição constitucional (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.4).

E, no caso brasileiro, com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal ganha a alcunha e a responsabilidade de guardião da Constituição, ou seja, é nominalmente designado pelo Poder Constituinte Originário como o órgão responsável pela proteção do sistema constitucional⁵² – não exclusivamente, por

importância para o país, que não estariam sujeitos à disposição política da maioria, é natural pensar a existência de mecanismos que efetivamente impeçam que a maioria desrespeite a essas disposições constitucionais intangíveis. Funda-se, aí, a ideia de justiça constitucional, enquanto meio de proteção da Constituição contra os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.3)

⁵² “No Brasil, a Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal as funções de um legítimo Tribunal Constitucional, possibilitando-lhe a realização do controle abstrato de constitucionalidade, nos termos da CF 102 I a. De acordo com a CF 92 I, o STF integra o ápice do organograma do

evidente, como se verá adiante.

Demais, e em análise específica da Constituição Federal de 1988, esta, considerada pela doutrina como analítica⁵³, desloca muito da competência do legislador para o Tribunal Constitucional, alavancando ainda mais suas atribuições como guardião da Constituição, porque nela inclui regras que, embora somente formalmente constitucionais, recebem status de regras com força normativa, com maior densidade que teriam se estivessem inseridas no ordenamento legislativo ordinário⁵⁴.

Portanto, inafastável a conclusão de que, por escolha do Poder Constituinte Originário, o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional – entre outras atribuições –, ganha destaque no seio da democracia brasileira, recebendo a importante missão de zelar pela integridade da Constituição, trazendo segurança jurídica às relações sociais e proteção aos cidadãos, no exercício da jurisdição constitucional⁵⁵.

2.2 Vocação contramajoritária e reação legislativa

Estando o Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, foco precípua deste estudo, responsável pela proteção

Poder Judiciário brasileiro e a forma de composição dos seus ministros é realizada mediante nomeação do Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF 101 par. ún.). O Supremo é formado por 11 ministros escolhidos entre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF 101). Constata-se, portanto, que o STF adquiriu os poderes atribuídos a um Tribunal Constitucional, contudo, diferentemente desses tribunais, ele integra o próprio organograma do Judiciário, tendo sua forma de composição similar a dos EUA, onde inexistente controle abstrato de constitucionalidade” (ABBOUD, 2021b, p. RB-3.2).

⁵³ “Constituições analíticas (também chamadas de prolixas ou extensas) são aquelas que são formadas por textos longos, minuciosos, dotados, além de disposições normativas de caráter principiológico, de muitas regras mais ou menos estritas. As constituições do tipo analítico, como é o caso da Constituição Federal de 1988, além de retirarem da disposição do legislador ordinário um conjunto bem maior de matérias, em geral são também mais frequentemente reformadas, pois quanto mais regras contemplam, mais se torna difícil a atualização da constituição mediante o processo legislativo ordinário e a interpretação” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2020, p. 100).

⁵⁴ “A constitucionalização abrangente trouxe para o bojo da Constituição matérias que até então eram de decisão exclusiva da política majoritária. O receio de um retorno ao regime ditatorial fez com que o Constituinte procurasse inserir o máximo de garantias na Constituição” (RIBAS e DE SOUZA FILHO, 2014, p. 7).

⁵⁵ “A Jurisdição constitucional possui como primeira grande tarefa, instrumentalizar a função primordial do próprio *constitucionalismo*, qual seja, coibir os excessos do Poder Público. Nas palavras de Peter Häberle, a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, racionalização e controle do poder estatal e social, na proteção das minorias e dos débeis e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.4).

da Constituição e de sua supremacia, algumas vezes o exercício dessa atividade resulta em manifestação em sentido contrário à da maioria⁵⁶, a fim de salvaguardar a integridade constitucional.

Assim asseverou o ministro Gilmar Mendes em voto:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão e de abuso contra os seus direitos (BRASIL, 2011b).

Corroborando esta visão, votou o ministro Luiz Fux:

Sobre o tema, recorro também as considerações que fiz na ocasião do julgamento do RE 633.703, em que também discutimos a denominada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Naquele julgamento, esta Corte deixou bem claro o seu verdadeiro papel na proteção da Constituição, ainda que contra a opinião popular. O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional. É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema da “ficha limpa” tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei da Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão (BRASIL, 2012).

Um dos objetivos deste exercício é justamente proteger as minorias⁵⁷ que,

⁵⁶ “A atividade do Judiciário, em alguns momentos, pode ser invocada para suprir a omissão do Parlamento, fomentar a prática de políticas públicas e, proteger direitos e garantias fundamentais das minorias, como ocorreu em casos cuja o tema eram: o reconhecimento da união homoafetiva, tutela e demarcação das terras indígenas, entre outros, tem sido de suma importância para a democratização do processo constitucional” (MACHADO e BARRETO, 2019, p. 17).

⁵⁷ “Destarte, função contramajoritária do direito fundamental assegura em última instância a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do

indefesas contra a tirania das maiorias, necessitam de um órgão que salvasse seus direitos⁵⁸, de modo a assegurar-lhes o conteúdo integral de sua cidadania, sem que se permita a existência de cidadãos de segunda classe.

Com isso, pode ser atribuída ao judiciário a possibilidade de atuar excepcionalmente como legislador positivo⁵⁹, quando o poder respectivo falha em dar efetividade a direitos assegurados constitucionalmente.

Eis porque as prerrogativas asseguradas aos magistrados, especialmente a independência e a vitaliciedade, têm papel fundamental na liberdade que o judiciário possui para exercer essa função contramajoritária, desvinculando-se das imposições sociais decorrentes da vontade da maioria, encontrando limitação para seu exercício, como visto alhures, no sistema legislativo, seja ele constitucional ou legal.

A respeito do tema, assim se manifestou o ministro Edson Fachin, em julgamento sobre orientação sexual e igualdade de gênero:

(...) na lição de Alexander Bickel, no *The Least Dangerous Branch*, assenta que o Supremo Tribunal Federal tem o dever – é o Poder menos perigoso –, mas tem o dever de ser contramajoritário quando minorias devem ser defendidas no plano juspolítico e não recebem esse tratamento, e têm uma defesa deficiente. Na verdade, muitas vezes, essas questões são trazidas ao Judiciário porque o Judiciário não é feito de juízes eleitos; o Judiciário é feito de juízes concursados, juízes que têm o dever primário de ter independência. E podem tê-la, porque são investidos num cargo em que não há influências nem preço social a pagar (BRASIL, 2019b).

Esse papel contramajoritário também deve servir para afastar eventuais omissões concretas dos demais poderes que, por sua inércia, violam regras constitucionais, que possuem efeitos normativos vinculantes, com densidade

contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final, suprimidas. Vale salientar que o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quando tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população” (ABBOUD, 2012, p. 6).

⁵⁸ “Assim, no momento em que falamos do papel contramajoritário do STF, temos que ter em conta, exatamente a função que ele tem de defender as minorias, ao mesmo tempo que defende a Carta Maior. Como já dito, a sociedade é complexa e plural e não só a minoria deve ter vez, mas também a maioria. O papel do STF é a de proteção da Carta Maior e essencialmente dos Direitos fundamentais (cerne do documento) que são atribuídos ao ser humano, só pela sua condição humana” (DA MOTA e CADÓ, 2018, pp. 31/32).

⁵⁹ “Daí porque exsurge clara a necessidade de assunção de uma postura ativa por parte do STF, operando na condição de Tribunal Constitucional, quanto ao enfrentamento da omissão inconstitucional, seja por meio de uma atuação normativa em sentido amplo, ou mesmo de função materialmente legislativa, portanto, normativa em sentido estrito, para o que, em âmbito mais restrito, foi-lhe conferida competência constitucional em sede de mandado de injunção” (SARLET e VIANNA, 2013, P. 36).

normativa suficiente para impor ao Estado a adoção de determinadas políticas públicas para assegurar o exercício de direitos constitucionais fundamentais⁶⁰.

Em julgamento recente, sobre o que se convencionou chamar de crise de oxigênio, ocorrida no estado do Amazonas, no início do ano de 2021, asseverou o Supremo, em voto do ministro Ricardo Lewandowski, sobre seu papel contramajoritário:

Não obstante, em situações como esta sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, em especial no concernente a eficácia do distanciamento social e dos imunizantes em cogitação, assim como por dúvidas acerca de um futuro acesso universal às vacinas, não posso deixar de asseverar, com toda a convicção, que incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais, na espécie, daqueles dizem respeito à proteção da vida e da saúde (BRASIL, 2021).

Portanto, é possível concluir que a função contramajoritária desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de jurisdição constitucional constitui mecanismo garantidor da própria democracia, assegurando o respeito aos direitos fundamentais constitucionais e preservando o direito das minorias⁶¹.

Porém, como consequência do desempenho deste papel contramajoritário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional⁶², surge uma tensão permanente entre os poderes políticos (principalmente o Legislativo) e o poder judiciário.

Eventuais decisões tomadas pela maioria legislativa e sancionadas pelo executivo, podem resultar barradas pelo judiciário, ao atuar como guardião da

⁶⁰ “Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente, o STF assumir sua função contramajoritária” (ABBOUD, 2022, p. 6)

⁶¹ “Enfim, a função contramajoritária do STF não se apresenta relevante apenas no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais do cidadão. O próprio sistema constitucional depende dessa atuação, uma vez que, frise-se novamente, nada é mais contramajoritário que o próprio controle abstrato de constitucionalidade. Não se pode deixar de recordar que, durante o pós-guerra, o Ocidente, a duríssimas penas, constatou que nem todo conteúdo, por maior aprovação popular que tenha, pode ser considerado direito. Por consequência, a jurisdição constitucional consolidou-se como o *locus* privilegiado para assegurar a incolumidade do sistema constitucional como um todo, afinal, é sempre importante ter em vista que a democracia é algo valioso, tão valioso que é necessário que seja protegida dela mesma” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.5).

⁶² “É principalmente por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário se insere, hoje, no equilíbrio de poderes. A tarefa da jurisdição constitucional é decidir, com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional. Essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais, como a tarefa de concretização e evolução do direito constitucional. Em termos simples, a jurisdição constitucional serve primordialmente para impedir a contaminação do direito por outros sistemas de diferenciação” (ABBOUD, 2021a, p. 446).

Constituição.

Entretanto, a palavra final não será, necessariamente, atribuída ao poder judiciário, salvo nos casos em que o Poder Constituinte Originário assim determinou no texto constitucional – como no caso das cláusulas pétreas, por exemplo.

É preciso que se reconheça que tanto o legislativo quanto o executivo também possuem legitimação democrática e podem, valendo-se da sua própria capacidade de interpretação constitucional, superar as decisões proferidas pela Corte Constitucional⁶³.

Esta tensão, ao contrário do que pode parecer a princípio, deve ser salutar para a democracia, estabelecendo um diálogo institucional⁶⁴ entre os poderes que devem, institucionalmente, buscar a melhor interpretação da constituição a fim de lhe dar maior efetividade⁶⁵.

Afinal, a constituição deve ser protegida e resguardada por todos os poderes constituídos, não sendo excludente a previsão de guardião da constituição ao poder judiciário⁶⁶.

A noção de separação dos poderes não se restringe à independência que cada um guarda em relação aos outros, mas também à harmonia⁶⁷ em que precisam

⁶³ “A Constituição habilita e atribui competências para ambas as instituições. Posicionar argumentos em concepções extremadas acaba por cegar que elas atuam ao mesmo tempo. Uma instituição agindo, não exclui as demais. O mesmo se diga das concepções sociais sobre determinados direitos, eles nunca deixarão de ser alvos de discussão e rediscussão” (CARVALHO e MURAD, 2017, p. 14).

⁶⁴ “A ideia de diálogos institucionais enfatiza que o judiciário não terá o monopólio na interpretação constitucional. Trata-se, portanto, de decisões constitucionais que devem ser produzidas por um processo de elaboração compartilhada entre o poder judiciário e outros atores constitucionais. As teorias do diálogo oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade democrática, superando a dificuldade contramajoritária do judiciário. Por esse motivo, essa teoria vem ganhando espaço, principalmente no que diz respeito à discussão da legitimidade democrática associada à revisão judicial” (CARVALHO e MURAD, 2017, p. 15).

⁶⁵ “Em um cenário de diálogo entre Poderes, em vez de isolamento, haverá atuação conjunta deles para assegurar a força normativa da Constituição, criando ambiente de verdadeira humildade institucional. Afinal, o ponto de partida para se falar em diálogo é o reconhecimento de cada um dos Poderes a respeito de quais são suas funções e, principalmente, os limites de sua competência para exercê-los” (ABBOUD, 2021b, p. RB-10.23).

⁶⁶ “Outrossim, sequer o STF é guardião exclusivo da Constituição: o Congresso Nacional também deve exercer esse papel, bem como o Executivo. Consequentemente, defendemos a necessidade de construção de soluções dialogadas entre os Poderes, em especial, na solução de questões complexas cujos efeitos serão pro futuro bem como nas hipóteses de omissões legislativas, tal como observamos linhas acima” (ABBOUD, 2021b, p. RB-10.23).

⁶⁷ “A estrutura estatal, sua conjuntura com os dilemas sociais, o modo como o Estado é concebido na contemporaneidade seriam, segundo o autor, motivos para que as funções típicas dos três Poderes não sejam estanques. Haveria assim um envolvimento participativo de um Poder sobre as lacunas da atividade de um outro Poder, não cabendo falar em usurpação de funções. O fundamento deste argumento se encontra na harmonia entre os Poderes da República que, devem agir em cooperação uns para com os outros” (MACHADO e BARRETO, 2019, p. 11).

atuar dentro de um sistema democrático, sem que isso represente a prevalência de um dos poderes sobre os demais⁶⁸.

E é justamente a partir da necessidade de respeito a essa harmonia entre os poderes que o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, por meio do controle de constitucionalidade, não pode ir além dos limites constitucionalmente estabelecidos à sua atuação, pena de, sob o argumento de proteger a Constituição, acabar por violá-la⁶⁹.

2.3 Legitimação ativa plural como mecanismo de abertura democrática

Uma das principais – senão a principal – preocupações do Poder Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988⁷⁰, talvez tenha sido criar mecanismos de proteção democrática a fim de evitar que se repetissem situações de quebra de normalidade institucional, como as ocorridas, por exemplo, em 1937 – com o golpe do Estado Novo – e 1964 – com o golpe militar.

Sob esse signo surge a necessidade de ampliar o acesso ao Supremo Tribunal Federal para o exercício das ações de controle abstrato de constitucionalidade – e não apenas as próprias espécies de ações existentes⁷¹ – por meio de um maior número de legitimados ativos para sua propositura.

⁶⁸ “O diálogo republicano/democrático entre o Judiciário e Legislativo não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a supremacia dos valores constitucionais, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa, se “todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes”, há que se promover o bem de todos, sem qualquer discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil. E, havendo ameaças a esse direito constitucional, enseja-se a apreciação do Poder Judiciário, in casu do guardião da Constituição” (CHEVITARESE, 2015, p. 14).

⁶⁹ “Tais técnicas e mecanismos subsidiaram o Supremo Tribunal Federal, que ressurgiu revigorado no pós-ditadura, permitindo que o Tribunal dispusesse de mecanismos aptos a contribuir para a consecução de algumas das tarefas mais difíceis atribuídas às Cortes Constitucionais no séc. XX: a proteção e concretização da Constituição com a menor intervenção possível no produto legislativo, de modo a balancear o controle dos atos legislativos, com a necessidade de se atribuir dignidade ao produto legislativo” (ABBOUD, 2021b, p. RB-3.1).

⁷⁰ “A Constituição de 1988, promulgada para atender anseios democráticos de uma população que suportara 21 anos de ditadura militar, representou colossal contribuição para esse fenômeno de ampliação jurisdicional” (RANGEL, 2017, p. 103).

⁷¹ “O paradigma de 1988, após algumas reformas levadas a cabo por emendas constitucionais, consolidou um modelo composto por três ações de controle abstrato de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade – que pode ter como causa de pedir uma ação ou omissão, mantendo-se um mesmo pedido declaratório – a ação declaratória de constitucionalidade, a mais recente e complexa de nosso sistema, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, um dos grandes inventos de nosso constitucionalismo recente, uma vez que a amplitude de seu objeto (“ato do Poder Público”, LADP 1º caput) vem se mostrando essencial à fiscalização de atos que, em tese, escapariam ao controle pela via das demais ações” (ABBOUD, 2021b, p. RB-3.1).

A ideia encontra respaldo no imperativo de assegurar o livre acesso à justiça da maneira mais ampla possível. Aqui não se fala unicamente no acesso do cidadão comum à justiça, como direito fundamental⁷², mas também ampliar a possibilidade de se socorrer do judiciário quando verificada uma ameaça à própria Constituição, por meio do controle abstrato de constitucionalidade⁷³.

Assim, o que antes competia somente ao Procurador-Geral da República⁷⁴, passou a ser atribuído a diversos atores, não apenas políticos – como o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os Governadores de Estado – e jurídicos – como o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal de Ordem dos Advogados do Brasil –, mas também da sociedade civil⁷⁵. Com isso, surge a possibilidade de propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade⁷⁶ aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional, entre outros.

Trata-se de total mudança de paradigma, uma vez que ao Supremo somente era admitido o acesso, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ao Procurador-Geral da República que era livremente nomeado e exonerado pelo Presidente da República⁷⁷, de acordo com a Constituição de 1967 e com a posterior

⁷² Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1998)

⁷³ “Hans Kelsen sustentou no século passado que seria mister a existência de um mecanismo para que se pudesse extirpar da ordem jurídica eventuais normas que fossem contrárias à Constituição. Sucede que o autor austríaco não defendeu a atribuição dessa tarefa a todos os juízes, como segue o modelo norte-americano, mas sim a uma Corte Constitucional especializada. Essa Corte atuaria de maneira abstrata e concentrada” (RANGEL, 2017, p. 111).

⁷⁴ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; (...) I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (BRASIL, 1969).

⁷⁵ “É evidente que se trata de um rol taxativo. Não seria razoável se cogitar da possibilidade de se poder manejar ações diretas abstratas junto ao Supremo pessoa não prevista na Carta Constitucional. Mas certo é que o alargamento dos legitimados mostrou-se relevante - quiçá o principal - elemento ampliador do fluxo de casos na Suprema Corte” (RANGEL, 2017, p. 103).

⁷⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

⁷⁷ Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, 1969).

alteração imposta pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969⁷⁸.

Não apenas uma modificação importante no paradigma do controle de constitucionalidade, senão também uma significativa evolução democrática trazida pela Constituição de 1988, ao ampliar a possibilidade de acesso ao Supremo a diversos atores políticos e não mais a uma única autoridade, que não possuía autonomia funcional e que estava vinculada hierarquicamente, nos termos da Constituição anterior, ao Presidente da República.

Entretanto, apesar da adoção dessa abertura democrática ao Supremo, o próprio Tribunal, por sua jurisprudência, tratou de criar um mecanismo próprio de acessibilidade à Corte, por meio do estabelecimento do que se convencionou chamar de pertinência temática⁷⁹.

Sobre o assunto, assim restou fundamentada decisão relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski:

Verifico não haver pertinência temática entre os mencionados objetivos institucionais da confederação postulante e a norma impugnada, que trata das vedações à indicação de pessoas para o Conselho de Administração e a diretoria das empresas estatais. Nesse sentido, a Confederação postulante não atende aos requisitos exigidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, considerando que esta Corte tem a compreensão de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente podem ajuizar ações de controle concentrado quando impugnarem artigos que ofendam os interesses típicos da classe representada, a presente demanda não preenche os requisitos relativos ao interesse processual de tais ações coletivas especiais (BRASIL, 2019a).

Através de uma exigência não presente em nenhuma norma constitucional ou mesmo infraconstitucional, passou-se a exigir, em processos de natureza

⁷⁸ “Com o recrudescimento do autoritarismo a partir da decretação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), o MP é colocado no capítulo do Poder Executivo por meio da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Houve notável concentração de atribuições do PGR que se tornou cargo de confiança do Presidente da República, com nomeação sem mais participação do Senado Federal” (MACIEL e KOERNER, 2014, p. 6).

⁷⁹ “Nesse contexto também foi criada a figura da pertinência temática. O Supremo Tribunal Federal, talvez no intuito de frear a grande quantidade de ações de controle de constitucionalidade que passaram a bater em sua porta, criou essa exigência. No entanto, como se tentará investigar neste trabalho, a pertinência temática talvez não se mostre como algo razoável e aceitável, não só porque não decorre de termos expressos da Constituição, mas sobretudo porque não se encaixa na natureza do sistema de fiscalização abstrata das normas no Direito brasileiro” (RANGEL, 2017, p. 106).

objetiva⁸⁰, como sói ser os de controle abstrato de constitucionalidade, a indicação de interesse subjetivo na matéria objeto da ação respectiva⁸¹.

Importante que se registre que o fato de se tratar de processo de natureza objetiva não afasta eventuais interesses subjetivos na solução da demanda proposta⁸². No entanto, ainda que se reconheça possíveis interesses subjetivos, isso não se mostra suficiente para justificar a modificação da natureza objetiva das ações de controle de constitucionalidade⁸³.

É um entendimento que, aparentemente, viola a intenção do texto constitucional de trazer maior facilidade de acesso ao Supremo, como mecanismo de proteção democrática.

Por outro lado, esse controle do acesso pode ser justificado quando se entende que ao se admitir, por exemplo, que quaisquer confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional possam, indistintamente, provocar o Tribunal em relação a qualquer tema que entenderem, talvez traga uma sobrecarga de ações que a própria Corte não tenha estrutura para solucionar a contento.

Eventualmente, pode-se estar falando de um mecanismo de proteção criado com o intuito de melhor prestar a jurisdição.

⁸⁰ “O processo de controle abstrato de normas não é um processo em contraditório tradicional, não existem direitos subjetivos em litígio. Cuida-se de um processo objetivo, sem contraditores, ainda que os autores do ato normativo *sub iudice* possam ser ouvidos no processo. Também não é um processo inquisitivo, pois não pode o órgão responsável por seu controle iniciá-lo *ex officio*” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.9).

⁸¹ “Assim, os legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República são divididos em ‘legitimados universais’ e ‘legitimados especiais’, sendo que a diferença é de que os últimos devem demonstrar a pertinência temática. Em outras palavras, os legitimados universais poderão ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade para discutir qualquer tema, ao passo que os legitimados especiais somente poderão ajuizar ações para discutir a constitucionalidade de leis ou atos normativos que tenham relação com sua esfera jurídica. São legitimados universais o Presidente, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional. Por outro lado, exige-se a demonstração de pertinência temática dos seguintes legitimados: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (RANGEL, 2017, p. 108).

⁸² “No entanto, a existência de eventuais interesses subjetivos de legitimados em propor a ação não descaracteriza o caráter objetivo do processo. Trata-se de um interesse que eventualmente pode estar embutido, implícito, mas não descaracteriza, diga-se novamente, a objetividade. Assim, por mais que possa existir o interesse subjetivo, ele não é fundamental e, desse modo, não poderia ser visto como um requisito” (RANGEL, 2017, p. 114).

⁸³ “Portanto, parece existir um paradoxo. Por um lado, há a consagração de um processo objetivo, de interesse de toda a coletividade, produzindo efeitos *erga omnes*, tramitado à luz de um procedimento não contraditório, sem partes, amparado pela lógica de que não há interesses subjetivos dos participantes daquele feito envolvidos. Contudo, de outra ponta, exige-se que seja demonstrado que aquele legitimado do artigo 103, que optou pelo ajuizamento daquela ação, é atingido em sua esfera jurídica por aquele assunto que se discute” (RANGEL, 2017, p. 115).

Sob enfoque distinto, imperativo que se reconheça que o instituto do *amicus curiae*, com aceitação cada vez mais ampla na Suprema Corte, também é capaz de trazer uma abertura democrática ao mecanismo de controle de constitucionalidade⁸⁴, vez que funciona precipuamente como abertura sistêmica⁸⁵ do sistema do direito com outros sistemas.

A respeito da possibilidade de intervenção de amigos da corte em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade, assim se manifestou o ministro Celso de Mello:

Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 2011a).

Essa abertura sistêmica do sistema jurídico autopoiético⁸⁶ traz irritações⁸⁷⁸⁸ necessárias à compreensão democrática das necessidades da

⁸⁴ “Enquanto na dinâmica processualista em geral busca-se a satisfação de interesses subjetivos das partes envolvidas na demanda, o processo de controle de constitucionalidade abstrato visa a quase que exclusivamente preservar a supremacia constitucional, sendo, portanto, desnecessária a presença de elementos que garantam um caráter contraditório, dialético tradicional. É lógico, vale ressaltar que a sociedade pode - e deve - participar do processo de controle de constitucionalidade. Não à toa hoje alarga-se sobremaneira a participação de *amicus curie*” (RANGEL, 2017, p. 112).

⁸⁵ “Por isso, na teoria dos sistemas, já há muito se aceitou que a abertura (dependência do sistema em relação ao ambiente), com base na matéria ou energia, não estabelece nenhum conflito com a tese de fechamento informacional ou semântico. Assim, diferenciamos fechamento causal (isolamento) de fechamento operativo. Ao definir seu objeto, a teoria do fechamento operativo dos sistemas abstrai-se das relações causais entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 2016, posição 636).

⁸⁶ “Fechamento operativo significa tão-somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente como suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema” (LUHMANN, 2016, posição 7022).

⁸⁷ “Correlaciona-se a essa ideia a concepção de Luhmann de que o sistema geral da sociedade se desenvolve e se reproduz na realização dos sistemas funcionais autopoiéticos e seus acoplamentos estruturais, os quais geram as necessárias irritações recíprocas” (VIANA, 2015, p. 160).

⁸⁸ “Também a irritação é uma forma de percepção do sistema; mais precisamente uma forma de percepção sem um *correlato no ambiente*. O ambiente em si não é irritado e somente um observador pode formular o enunciado segundo o qual ‘o ambiente irrita o sistema’. O sistema em si mesmo registra a irritação – por exemplo, na forma do problema de quem está de posse do direito num litígio – somente na tela do vídeo de suas próprias estruturas. O conceito de irritação não contradiz a tese do fechamento autopoiético nem nega que o sistema seja determinado por suas próprias estruturas. Trata-se muito mais de o conceito pressupor a teoria” (LUHMANN, 2016, posição 7072).

sociedade, mas sempre sob o signo do código binário⁸⁹ do sistema jurídico⁹⁰. E a Constituição surge como importante mecanismo de acoplamento estrutural⁹¹ entre os sistemas, especialmente entre o do direito e o da política⁹².

Portanto, e especialmente na seara das ações de controle abstrato de constitucionalidade, é possível que se apresentem demandas que exijam que o sistema jurídico se abra estruturalmente para poder solucionar as lides propostas, sem que, no entanto, esteja autorizado a adotar soluções alheias ao próprio sistema do direito.

Mais uma vez, constata-se que a atuação do Judiciário deve ser sempre legitimada e limitada pelas normas postas, jamais podendo extrapolar esses limites, pena de deslegitimação de sua atuação e violação frontal à regra constitucional de que é função primordial do Judiciário proteger o sistema constitucional.

2.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade criados pela Constituição Federal

A Constituição Federal, como local de proteção dos direitos fundamentais e da própria democracia, precisa estabelecer mecanismos e ferramentas de proteção do sistema constitucional e de restauração de sua normalidade quando afetada por fatores externos.

No modelo atual, o Constituinte de 1988, preocupado em assegurar a supremacia da Constituição, não apenas com a adoção de um sistema rígido para sua

⁸⁹ “O código binário serve, nesse processo autopoietico de determinação das comunicações que podem ser objeto das operações internas do sistema, à diferenciação do sistema funcional parcial por conduzir à necessidade das operações sistêmicas e regular a produção da autodiferenciação (Ausdifferenzierung) e, deste modo, filtrando as irritações ambientais (mudanças perceptíveis de estado ocorridas no ambiente) processando-as (ou não) como informações (comunicações) relevantes para o sistema funcional” (VIANA, 2015, p. 68).

⁹⁰ “Em outras palavras, os programas sistêmicos submetem ao sistema funcional terceiros valores que serão paradoxalmente orientados e operacionalizados pela binariedade do código sistêmico. Os valores introduzidos pelos programas emergem de problemas (contingentes) que são submetidos continuamente ao processamento autopoietico do sistema com vistas à produção de soluções que generalizem e estabilizem as expectativas sociais” (VIANA, 2015, p. 69).

⁹¹ “A vantagem teórica desse ponto de partida é que ele demanda um montante de precisão tão atípico quanto não desenvolvido em proposições acerca das ‘relações entre sistemas e ambiente’. A resposta a essa demanda se encontra no conceito de ‘acoplamento estrutural’. Ele é assim chamado em contraste com acoplamentos operativos (acoplamento de operações com operações) e também para distingui-lo das causalidades em curso que, se podemos expressá-lo dessa forma, ignoram ou transgridem os limites do sistema” (LUHMANN, 2016, posição 7072).

⁹² “Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, isso não significa que o sistema jurídico e o sistema político componham um único sistema. Contudo, eles dependem de formar peculiares de acoplamento estrutural e são por elas atrelados” (LUHMANN, 2016, posição 1901).

modificação, criou um sistema complexo de mecanismos de controle de constitucionalidade tanto preventivos quanto repressivos.

Esses sistemas são atribuídos a todos os poderes estatais, não apenas ao judiciário, reconhecendo-se a importância da manutenção da supremacia do texto constitucional e a obrigatoriedade de submissão às regras nela insertas.

2.4.1 Sistema preventivo e não jurisdicional

A Constituição consagra um sistema alheio, em regra, à atuação jurisdicional para sua própria proteção. Trata-se de um sistema voltado a impedir que normas contrárias à Constituição ingressem no ordenamento jurídico.

Esse modelo, que tem natureza preventiva e que tenta evitar a entrada no ordenamento jurídico de normas que violem a estrutura constitucional, desafiando a supremacia da Constituição, não inclui a participação do poder judiciário, mas sim dos chamados poderes populares, restando atribuídos aos agentes que participam do processo de elaboração legislativa, como mecanismo de controle preventivo de constitucionalidade.

O primeiro mecanismo, atribuído ao parlamento, em cada uma das Casas Congressuais, por meio de suas Comissões de Constituição e Justiça, busca verificar, ainda na fase deliberativa do projeto de lei ou da proposta de Emenda à Constituição, a compatibilidade da norma com a ordem constitucional.

Este controle, ainda que dotado de eventual caráter jurídico, não possui natureza unívoca, ou seja, também está submetido a análises políticas, posto que realizado dentro de uma Casa de natureza precipuamente política.

Outro mecanismo criado pela Constituição é a atribuição ao presidente da República de vetar um projeto de lei – mas não uma Emenda à Constituição – sob a alegação de vício de inconstitucionalidade.

Além da atribuição dada ao Congresso para, no processo legislativo, verificar a compatibilidade da norma com o a ordem constitucional, atribui-se ao Executivo, também dentro do processo legislativo, o poder de veto por inconstitucionalidade, o chamado veto jurídico.

Essa atuação do presidente da República, assim como a do Congresso, apesar de possuir caráter jurídico, além de não ser terminativa, já que é possível a

derrubada do veto pelo parlamento, também é realizada dentro da atividade política, que, por exclusão, seria toda e qualquer atividade não jurisdicional.

Imperioso salientar que o controle do processo legislativo, em que se solicita a intervenção judicial a fim de que se evite o trâmite de um projeto de lei que viole as cláusulas pétreas, o que representaria para alguns uma espécie de controle jurisdicional prévio, guarda relação próxima com uma prerrogativa parlamentar do que propriamente com a intervenção judicial.

Nessa situação, a decisão do Supremo, proferida em mandado de segurança impetrado por parlamentar, unicamente vai reconhecer o direito líquido e certo do deputado ou senador em não participar de processo legislativo de matéria tendente a abolir qualquer das cláusulas imodificáveis da Constituição.

Sobre o assunto, votou o ministro Teori Zavascki:

Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não (BRASIL, 2013).

É possível afirmar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não admite o controle material jurisdicional prévio, ou seja, o realizado durante o processo legislativo, antes que a norma ingresse no ordenamento jurídico, ficando reservado ao judiciário o controle repressivo.

Arremata o ministro Teori Zavascki, no mesmo julgamento citado acima:

A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca

possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico (BRASIL, 2013).

Portanto, é possível concluir que o sistema preventivo de controle material de constitucionalidade pertence aos agentes participativos do processo legislativo, durante as deliberações sobre o conteúdo da norma, sem a interferência, senão excepcional, do Judiciário.

2.4.2 Sistema repressivo e jurisdicional

No sistema brasileiro, em sede de controle de constitucionalidade de natureza repressiva, é possível sua efetivação por meio do sistema difuso⁹³ – onde é atribuído a cada um dos magistrados a possibilidade de, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de uma norma ao analisar um caso concreto – bem como o abstrato⁹⁴ e concentrado⁹⁵ – onde se atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente as ações constitucionais de proteção ao sistema constitucional, julgando a constitucionalidade da lei em tese.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de utilização de Mandado de Segurança, impetrado por parlamentar a fim de evitar a tramitação de proposta de emenda à Constituição que viole as cláusulas pétreas, caracterizando uma espécie de controle de constitucionalidade preventivo atribuído ao Judiciário.

Conforme voto do Min. Gilmar Mendes ao julgar o MS 28.138:

O controle de constitucionalidade preventivo de emenda constitucional

⁹³ “O controle incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos, que é poder-dever de qualquer juiz ou tribunal, a ser exercido inclusive de ofício (controle difuso), tem, no Brasil, virtualmente, a idade da República” (ZAVASCKI, 2003, p. 3).

⁹⁴ “A partir da Emenda Constitucional n. 16, de 26-11-1965, o sistema foi enriquecido com a implantação de mecanismos de *controle em abstrato* de constitucionalidade das normas, também chamado, entre nós, de *controle concentrado*, porque é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito da Constituição dos Estados-Membros” (ZAVASCKI, 2003, p. 3).

⁹⁵ Neste estudo, o controle concentrado, que atribui ao Supremo o controle de constitucionalidade, será tratado como sinônimo do controle abstrato, sobre lei em tese, não ignorando que pode haver diferenças pontuais entre um conceito e outro.

foi admitido, entre outros, no MS nº 20.257 (Rel. Min. Moreira Alves), tendo-se assentado, então, que quando *‘a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição’*. (...) No que diz respeito à admissibilidade do controle preventivo de atos normativos, o mandado de segurança opera como autêntico processo de solução de conflitos entre órgãos de perfil constitucional (BRASIL, 2002) (os grifos estão no original).

Para fins de melhor delimitação do objeto, o estudo se restringirá a analisar o controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da específica atribuição ao Supremo Tribunal Federal para seu exercício.

A Constituição Federal estabelece, dentre as chamadas ações de controle de constitucionalidade pelo sistema abstrato, quatro formas distintas, a saber: a) ação direta de inconstitucionalidade – ADI; b) ação declaratória de constitucionalidade – ADC; c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, e; d) arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

Historicamente, apesar de já existir possibilidade de controle difuso desde a Constituição Republicana (LOBATO, 1994, p.2), o controle concentrado passou a ser previsto entre nós na vigência da Constituição de 1946, pois até então operava-se pelo sistema difuso, chegando ao Supremo mediante a interposição de Recurso Extraordinário e da representação de inconstitucionalidade interventiva⁹⁶.

Não havia a previsão de ações de controle de constitucionalidade direto para verificação de compatibilidade de um ato normativo em face da Constituição.

Assim, mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, institui-se, pela primeira vez, o controle concentrado e abstrato no sistema brasileiro⁹⁷, atribuindo-se a legitimidade exclusiva ao Procurador-Geral da República para encaminhar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal⁹⁸.

⁹⁶ “Contudo, até este momento a via concentrada atuava somente com relação à intervenção federal, para que se preservassem os preceitos constitucionais, também denominados de princípios constitucionais sensíveis. Ferindo-se tais princípios, autorizava-se, pois, a intervenção da União em um Estado” (VAINER, 2010, p. 20).

⁹⁷ Art. 2º As alíneas *c*, *f*, *i* e *k* do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: (...) *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (BRASIL, 1965).

⁹⁸ “Em outras palavras, agora é permitido ao Procurador-Geral da República ajuizar ação perante o Supremo Tribunal Federal, questionando sobre a inconstitucionalidade de lei em tese, sem que fosse o caso de intervenção federal. Com essa medida, as leis federais tornavam-se vulneráveis à

Trata-se de uma mudança de patamar da atividade jurisdicional exercida pelo Supremo, que até então se restringia a, mediante recursos extraordinários, afastar a inconstitucionalidade de uma norma em casos concretos, não possuindo ainda a característica contemporânea de guardião da Constituição⁹⁹.

Evidente que a quadra histórica, já que tal emenda foi promulgada durante o regime militar, não permite concluir que se tratava de uma evolução democrática, é inegável que as atribuições do Supremo Tribunal Federal, apesar da aposentadoria compulsória de alguns de seus membros e do aumento do número de seus integrantes promovidas pelo Executivo demonstrar que o que se buscava era o claro enfraquecimento do poder judiciário, sofreram um incremento significativo com a previsão de tal representação de inconstitucionalidade.

Entretanto, e em razão da má redação do texto da alínea k do art. 101, I, da CF/46 – a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República – permitiu que se abrisse um debate acerca da discricionariedade ou não do Procurador-Geral – que era nomeado pelo Presidente da República e demissível a seu critério¹⁰⁰ – de apresentar a representação, em uma espécie de controle prévio, por ele realizado, de constitucionalidade¹⁰¹.

Assim, de fato, o controle de constitucionalidade como o conhecemos hodiernamente somente passou a existir com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – e suas posteriores modificações –, com a atribuição específica do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e a previsão de quatro espécies

declaração de inconstitucionalidade e estava instituído o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil” (VAINER, 2010, p. 21).

⁹⁹ “Embora o controle difuso estivesse presente desde a Constituição de 1891, permitindo a qualquer indivíduo arguir a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal perante o magistrado competente para julgar a causa, verifica-se um amplo desenvolvimento do controle concentrado, albergando cada vez mais hipóteses ao longo do desenvolvimento do direito constitucional no Brasil e conferindo ao Supremo Tribunal Federal cada vez mais importância como o guardião da Constituição, tanto por ser instância final nos processos comuns de controle difuso, como por ser o órgão competente para decidir em sede de controle concentrado” (VAINER, 2010, p. 21).

¹⁰⁰ “Ponto crucial do controle de constitucionalidade de então – e que conspirava contra a sua eficácia – centrava-se na circunstância de que, no particular da representação de inconstitucionalidade, o texto sobranceiro instituir a legitimidade exclusiva para a sua ativação em favor do Procurador-Geral da República, o qual, à época, era agente público da confiança do Presidente da República, que, por sua vez, era titular de forte competência na elaboração normativa, o qual poderia demiti-lo a seu livre alvedrio” (JÚNIOR, 2017, p.21).

¹⁰¹ “Por este dispositivo constitucional, o Procurador-Geral somente instauraria a ação direta caso a lei fosse inconstitucional. Mas, como quem decidia acerca da constitucionalidade ou não da lei era o Supremo Tribunal Federal, o juízo prévio acerca da constitucionalidade da lei era do próprio Procurador-Geral” (VAINER, 2010, p. 26).

distintas de ações de controle, não apenas a antiga representação de inconstitucionalidade, além da pluralidade da legitimação para sua propositura¹⁰², não mais se restringindo ao Procurador-Geral da República.

Com isso, o Poder Constituinte, tanto o Originário quanto o Reformador, procurou atribuir ao poder judiciário, e mais precisamente ao Supremo, um papel institucional que até então não exercera em nosso país, seja em momentos democráticos seja em épocas autoritárias.

Com a Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal passa a desempenhar um protagonismo inédito na República¹⁰³.

2.4.2.1 Controle Abstrato

O controle abstrato e concentrado, para fins deste estudo, que tem como único objetivo a proteção da Constituição, já que não é julgado nenhum caso concreto, é caracterizado pela sua natureza objetiva, analisando-se a norma jurídica abstratamente considerada, inexistindo qualquer outro interesse que não o da preservação da integridade do sistema constitucional (ZAVASCKI, 2003, p. 6).

Essa natureza de processo objetivo resulta em diversas consequências, dentre elas a impossibilidade de desistência, já que o interesse que se busca preservar não pertence a nenhum legitimado subjetivamente, mas sim ao conjunto da sociedade democrática, que pretende expurgar do ordenamento jurídico qualquer norma que não esteja em conformidade com a Constituição ou dar efetividade a um direito fundamental que, por carecer de normatização necessária, não é exercido a contento.

Justamente em razão dessa natureza objetiva e concentrada do controle abstrato, que este estudo se restringirá à análise desta espécie de controle, deixando

¹⁰² “Por estes motivos, a Constituição de 1988 inovou, reforçando amplamente o controle concentrado de constitucionalidade no país, alargando significativamente a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo o ajuizamento desta pelo Presidente da República, Mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas dos Estados, Governador de Estado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme preceitua o artigo 103 da atual Constituição Federal” (VAINER, 2010, p. 29).

¹⁰³ “Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, por exemplo, no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal com a sua atuação passada” (VIEIRA, 2018, p. 161).

de realizar uma avaliação mais aprofundada do controle difuso, por não se encaixar especificamente no objeto de pesquisa, especialmente no que se concerne à atuação da Jurisdição Constitucional como mecanismo processual de natureza objetiva.

Também é válido destacar que a análise se dará em relação às ações constitucionais de controle de constitucionalidade face à legitimação democrática da jurisdição constitucional, não sendo realizado nenhum estudo procedimental específico sobre cada uma das ações.

2.4.2.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade

A supremacia da Constituição¹⁰⁴ demanda mecanismos de controle de constitucionalidade que permitam a adoção de sanções¹⁰⁵ às normas que violem o sistema constitucional, isto é, no constitucionalismo contemporâneo, a Constituição, por ocupar uma posição de vértice no ordenamento jurídico, impõe obediência a todas as demais regras, que serão extirpadas do ordenamento caso violem as normas constitucionais.

A partir dessa concepção que surgem os mecanismos tradicionais de controle abstrato de constitucionalidade, especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC.

Tais ações têm como fundamento o controle de constitucionalidade dos atos normativos inconstitucionais, ou seja, que violem formal ou materialmente a Constituição Federal, com o intuito de retirá-los do ordenamento jurídico, face à supremacia da Constituição¹⁰⁶.

A ADI tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo federal ou estadual que contrarie, formal ou materialmente, a Constituição

¹⁰⁴ “O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 27669).

¹⁰⁵ “Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência da sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Daí afirma-se que, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da constituição em sentido estrito” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 27655).

¹⁰⁶ “A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 28309).

Federal. Por outro turno, a ADC tem como fundamento confirmar a constitucionalidade de determinada norma federal sobre a qual paira dúvidas sobre a presunção de sua constitucionalidade, infirmada por controvérsia judicial relevante.

Sobre o que seria controvérsia judicial relevante, voto da ministra Rosa Weber:

“Todavia, ao critério quantitativo junta-se o de perfil qualitativo para aferir o impacto da decisão ou do conjunto de decisões que declarem a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal no sistema jurídico e social. Mais especificamente, o efeito dessas decisões na desconstrução da presunção de constitucionalidade do ato normativo. Da soma desses critérios que se infere o conceito de relevância e da locução proporções relevantes, as quais devem ser aferidas no contexto concreto (BRASIL, 2021b).”

Nesses casos, em virtude da natureza dúplice de tais ações, as decisões proferidas pela Corte Constitucional serão, em caso de procedência da ADI ou improcedência da ADC, de retirada do ordenamento jurídico do ato normativo impugnado, ou, em caso de improcedência da ADI ou procedência da ADC, confirmação da conformidade de tal ato normativo com as regras constitucionais (ZAVASCKI, 2003, p. 8).

No julgamento dessas ações, a Corte Constitucional atua como legislador negativo, ou seja, ao anular uma lei está editando uma norma jurídica geral, de caráter negativo, sem deixar de ser uma produção de uma função legislativa, assim considerada em sentido amplo.

De outro lado, mister consignar que as referidas ações possuem escopo específico e restrito, qual seja o controle de leis ou atos normativos federais ou estaduais – no caso da ADI – e leis ou atos normativos federais – em se tratando de ADC.

Portanto, restaria uma enorme gama de situações que reclamariam controle de constitucionalidade e que somente poderiam ser objeto de controle difuso, caso existissem somente tais instrumentos processuais para o exercício do controle abstrato.

Assim, por exemplo, leis e atos normativos municipais somente poderiam ser controlados ou mediante controle difuso, chegando ao Supremo por meio de recurso extraordinário, ou por controle abstrato realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em face da Constituição Estadual, mas não da Constituição Federal.

Situação mais interessante aconteceria com as normas editadas anteriormente à Constituição, quando da análise de sua recepção ou não no ordenamento jurídico inaugurado pela Carta de 88.

2.4.2.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Face ao constitucionalismo moderno, especialmente com a adoção da noção de Estado Social de Direito, que passa a conviver com a de Estado Liberal de Direito, a jurisdição constitucional ganha relevância também como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, atuando para trazer efetividade a eles, consubstanciando aspirações elencadas pelo Poder Constituinte¹⁰⁷.

Essa proteção necessita de um mecanismo próprio de atuação, justamente porque a não efetivação dos direitos fundamentais pode decorrer de omissão do legislador ordinário, que, apesar de receber comando constitucional para tanto, deixa de normatizar um dado direito fundamental, omitindo-se em seu dever constitucionalmente estabelecido¹⁰⁸, ocorrendo uma negação à densidade normativa necessária à efetivação dos direitos fundamentais (SARLET e VIANA, 2013, p. 3).

A partir de uma omissão legislativa constitucionalmente qualificada¹⁰⁹, ou seja, falhando o Legislativo em densificar uma norma garantidora de direitos fundamentais, extrapolando os limites de liberdade de conformação legislativa, verifica-se a necessidade da, quando provocada, atuação da Jurisdição Constitucional, face à constatação de uma inconstitucionalidade por omissão (MARMELESTEIN, 2019, p. 315).

¹⁰⁷ “O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. Quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da jurisdição constitucional para garantir a sua concretização. Ao mesmo tempo em que esta é uma de suas funções é uma forma de legitimar a expansão de sua atuação, além de garantir um direcionamento para a sua atuação” (AGRA, 2015, p. 5).

¹⁰⁸ “Com efeito, como se pretende demonstrar, não raras vezes (embora ainda assim em caráter excepcional), a atuação normativa da Justiça Constitucional se afigura como sendo o único meio eficaz de enfrentamento da hipertrofia da discricionariedade legislativa, designadamente quando se cuida da opção de não legislar, visto que tal conduta omissiva acaba por atentar contra a necessária eficácia social (efetividade) dos direitos fundamentais, especialmente naquilo em que dependem da integração legislativa e normativa em sentido amplo para alcançarem a sua plena realização” (SARLET e VIANNA, 2013, p. 2).

¹⁰⁹ “A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 28323).

E é nesse panorama que o Supremo Tribunal Federal passa a atuar excepcionalmente também como legislador positivo, sem a edição normativa propriamente dita, superando a ideia de que o controle abstrato de constitucionalidade se restringiria à atuação como legislador negativo. A partir da ascensão do Estado Social de Direito, com a adoção de constituições analíticas, dotadas de caráter eminentemente dirigente, com extensos catálogos de direitos fundamentais, essa função se torna mais pronunciada (SARLET e VIANA, 2013, p. 11).

Tal atuação, como evidente, não serve para substituir a atuação dos poderes constitucionalmente designados para o exercício da função legislativa, devendo se dar de maneira absolutamente excepcional, sendo reconhecida sua natureza anômala quando desempenhada pelo Judiciário.

Sobre o tema, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Celso de Mello:

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina). Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes (BRASIL, 2019c).

Não há edição normativa propriamente dita, senão aplicação de regras de interpretação para assegurar a efetividade de direitos fundamentais, uma vez constatada a mora do Poder Legislativo em editar norma que permita extrair máxima eficácia aos postulados constitucionais referentes aos direitos fundamentais.

Ainda em voto, assim afirmou o ministro Celso de Mello:

Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado tem o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes.

Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade, como sucede com os integrantes da comunidade LGBT.

Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares revelam-se – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

Cabe advertir, de outro lado, neste ponto, que a interpretação do ordenamento positivo, notadamente quando efetivada pelo Poder Judiciário, não se confunde com o processo de produção normativa (BRASIL, 2019c).

Constata-se que o exercício da função de legislador positivo se dará no âmbito da edição de normas jurídicas, por meio de uma sentença normativa¹¹⁰ exarada pela Suprema Corte, com o intuito de suprir uma lacuna legislativa que impeça a efetivação de um direito fundamental consagrado constitucionalmente, mas jamais se dará por meio de uma norma de caráter legislativo, vez que esta função seria completamente estranha ao exercício da jurisdição.

Portanto, esta ação visa a dar eficácia máxima a um direito fundamental que, ante a inércia do legislador ordinário, não está sendo efetivamente exercido, com atuação anômala da jurisdição constitucional a atuar como legislador positivo, trazendo regras hermenêuticas que deem solução à omissão legislativa, com o objetivo claro e específico de assegurar o exercício pleno dos direitos fundamentais que eventualmente estejam sendo negados aos cidadãos.

2.4.2.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

¹¹⁰ “O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal se fundamenta formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois a quem se atribui a função de guardião da Constituição devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está autorizado, em princípio, a proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.” (PELICIOLO, 2007, p. 10).

Por último, neste estudo, a ADPF, regulamentada pela Lei n 9.882, de 3 de dezembro de 1999, tem uma amplitude maior em termos de admissibilidade, pois, ao contrário da ADI e da ADC, não se restringe a leis e atos normativos federais ou estaduais, no primeiro caso, ou federais, no segundo caso.

Possuindo os mesmos legitimados para a propositura das ações acima citadas, tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Quando do julgamento da ADPF nº 1, assim consignou o ministro Néri da Silveira:

Podendo, dessa forma, na arguição regulada pela lei nº 9.882/99, ter-se como objeto 'ato do Poder Público' federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, desde que apontada lesão ou ameaçada de ofensa a preceito fundamental, dele resultante, força será, em cada caso, considerar a natureza do ato impugnado, em ordem a apreciar-se da atualidade ou potencialidade da lesão a preceito fundamental, que se haja de reparar ou evitar (BRASIL, 2000).

Seriam conceitos legais de natureza interpretativa aberta, tanto a noção de preceito fundamental quanto a de atos do Poder Público, que não se restringiriam às leis e atos normativos.

Podem ser objeto desta ação, também, leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais anteriores à Constituição, ou seja, é o meio processual adequado para a verificação, dentro do sistema de controle abstrato, de recepção de um determinado ato normativo pelo ordenamento jurídico criado a partir da promulgação da atual Constituição Federal.

De difícil tarefa a especificação do significado preciso da locução "preceito fundamental" que autorizaria a propositura da presente ação, justamente por se tratar de expressão de conceito aberto, propositalmente assim adotada pelo Constituinte, atribuindo à Corte Constitucional, à luz de cada caso sob análise, verificar se se trataria ou não de regra constitucional qualificável como preceito fundamental.

Esclarecendo a quem competiria a aplicação das regras de interpretação com fins de determinação do conceito de preceito fundamental, assim asseverou o ministro Néri da Silveira, em voto na ocasião de julgamento da já citada ADPF nº 1:

Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que há de se compreender, no

sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a arguição regulada na lei nº 9.882, de 3.12.1999 (BRASIL, 2000).

Além de dúvidas que algumas normas constitucionais são, por sua própria natureza, preceitos fundamentais do Estado Constitucional de Direito, especialmente as referentes aos direitos fundamentais, ao sistema democrático, aos princípios sensíveis e às cláusulas pétreas, com o destaque necessário de se reconhecer que as regras que trouxerem densidade normativa a tais preceitos também estariam protegidas pela arguição.

Nesse sentido, assim se manifestou o ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADPF nº 33, a seguir:

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão do preceito fundamental consistentes nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa de Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se em um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional (BRASIL, 2005a).

Importante consignar que a ADPF possui natureza subsidiária, ou seja, somente será cabível caso não seja possível a propositura de nenhuma outra ação de controle abstrato de constitucionalidade.

A subsidiariedade não afasta a aplicação da fungibilidade¹¹¹, caso seja possível a conversão da ação em ADI ou ADC, a fim de que se evite a restrição ao exercício pleno da jurisdição constitucional em sua feição de natureza objetiva.

Sobre a subsidiariedade, em voto da ministra Ellen Gracie, seguido à unanimidade, ficou consignado pelo Supremo:

¹¹¹ “O modelo atual prevê ações diferentes para cada um dos instrumentos. Muito embora, não o ignoramos, os procedimentos sejam bastante similares e é hoje bastante consolidada na jurisprudência do STF a fungibilidade entre os procedimentos, um primeiro passo que propomos de lege ferenda é a positivação da ideia de que as ações em controle abstrato são uniformes – justamente em virtude da ampla fungibilidade existente entre eles – diferenciando-se tão somente em função dos pedidos deduzidos” (ABBOUD, 2021b, p. RB-3.1).

Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente à conflito surgido entres dois Estados da federação, resolvo a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 (BRASIL, 2005b).

Em voto do ministro Gilmar Mendes:

No tocante à aplicação do princípio da subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/1999 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º). A análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve ter em vista um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Assim, levando em conta o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de se considerar, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional (BRASIL, 2019d).

Demais, o Supremo tem admitido que a ADPF, aparentemente fugindo da natureza abstrata que caracteriza em regra as ações de controle concentrado, possa ser utilizada em uma análise de um ou mais casos concretos.

A aparência de fuga se dá em razão do fato de que a razão última da decisão em ADPF é a manutenção da integridade do sistema constitucional. Essa é a lição de Mendes e Branco:

Dessa forma o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade (2021, posição 34068).

Tal entendimento encontra respaldo na necessidade de preservação de um sistema constitucional íntegro, que pode se ver ameaçado em razão de situações concretas que somente chegariam pela via difusa ao Supremo – por não serem

atacáveis por ADI ou ADC –, afetando a segurança jurídica¹¹², surgindo a ADPF como mecanismo de proteção do sistema, submetendo diretamente ao STF o tema.

Ao se deparar com a análise do assunto, assim se manifestou o ministro Gilmar Mendes em voto:

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pleora de recursos extraordinário idênticos poderá, em verdade, constituir-se em uma ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias (BRASIL, 2005a).

É preciso que se compreenda, então, que foi o próprio Constituinte que atribuiu ao Supremo a competência para a proteção do sistema constitucional, ampliando numericamente as ações para o exercício da jurisdição constitucional bem como aumentando a natureza e a amplitude dos bens e direitos a serem protegidos, especialmente com a previsão de uma ação de natureza tão ampla, que busca resguardar os preceitos fundamentais da Constituição.

A ideia, em última análise é que, a proteção do sistema constitucional resulta em proteção à própria democracia.

¹¹² “Se a ADPF não for utilizada com essa ampliação de abrangência de seu objeto, decisões judiciais e correntes interpretativas inconstitucionais repercutirão diversos efeitos sem possuírem mecanismo efetivo de controle. Essa reconfiguração da ADPF é sadia do ponto de vista da higidez do sistema constitucional brasileiro” (ABBOUD, 2021b, RB-3.17).

3. LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE

Com o advento do estado moderno, a proteção dos direitos fundamentais e a prestação dos direitos sociais pelo Estado passaram a ser mecanismos democráticos relevantes. E a atividade jurisdicional ganha importância neste cenário, cabendo ao Poder Judiciário, modernamente destacado dos poderes políticos, o exercício de uma das funções estatais, especialmente no exercício da jurisdição constitucional.

Neste cenário, torna-se necessária a investigação acerca não apenas da legitimação judicial para atuar, quando preciso, como mecanismo de contraposição aos demais poderes, que retiram sua legitimação da soberania popular, mas também dos limites à sua atuação, a fim de não haver quebra do sistema democrático, evitando o deslocamento do exercício do poder do povo para instituições cujos membros não foram escolhidos pelo escrutínio popular.

A manutenção da legitimação do judiciário, especificamente da Jurisdição Constitucional, ganha relevo quando se constata que este é o Poder responsável pela proteção do sistema democrático face às investidas populistas contra as instituições.

A fim de impedir que os árbitros sejam capturados por agentes populistas, também é preciso que se compreenda que os árbitros não podem sequestrar o sistema, atuando fora dos limites positivados, sob o argumento de resguardo da democracia, já que a violação das regras democráticas importa, por si só, em quebra do regime democrático.

3.1 Supremacia constitucional e os riscos do controle de constitucionalidade

A noção de supremacia da constituição importa concluir que todo o ordenamento jurídico deve a ela obediência e nela deve buscar seus fundamentos de validade¹¹³. É necessária a imposição de alguma espécie de sanção à norma que a desrespeite, pois “é inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo

¹¹³ “Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes” (KELSEN, 2009, p. 236).

obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 27639). É a consagração do Estado Constitucional de Direito¹¹⁴.

A Constituição Federal de 1988, a fim de assegurar essa supremacia exige, para sua modificação, um mecanismo específico, tanto no que se refere ao processo legislativo quanto às situações em que não poderá ser alterada, bem como a cláusulas que nunca poderão sofrer qualquer espécie de restrição, sendo considerada uma constituição rígida¹¹⁵.

A proteção à Constituição é atribuída a todos os poderes constituídos, com a instituição de controle prévio de constitucionalidade das proposições legislativas¹¹⁶ – por meio das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas ou pelo veto por inconstitucionalidade atribuído ao Presidente da República – de modo a afastar qualquer espécie de inconstitucionalidade¹¹⁷.

É possível, então, constatar que a Constituição estabelece mecanismos híbridos de proteção ao Texto¹¹⁸, com atribuições de agir previamente aos poderes políticos e repressivamente ao poder judiciário.

O controle de constitucionalidade, como visto, é o mecanismo estabelecido pela Constituição para manter a integridade do sistema constitucional-normativo, por meio de designação ao poder judiciário de um sistema de controle repressivo, que tem como intuito tanto retirar do ordenamento jurídico normas que se mostrem

¹¹⁴ “É certo entendermos que os efeitos de submissão da Norma Constitucional afeta todos os brasileiros e abarca todas as instituições, gerando um poder de controle em face de todos independente de suas condições financeiras. Trata-se de Estado Constitucional aquele que visualiza os indivíduos em condição de igualdade na busca da execução e conquista dos seus direitos” (DO NASCIMENTO e BERNARDI, 2018, p. 3).

¹¹⁵ “Nos países de constituição rígida, como o Brasil, o princípio da supremacia das normas constitucionais faz nascer um sistema de direito hierarquizado, em decorrência do qual são absolutamente nulas as normas que, situadas em patamar inferior, sejam incompatíveis com as de hierarquia superior” (ZAVASCKI, 2003, p. 1)

¹¹⁶ “Exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do projeto (CF, art. 66, § 1º)” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 27701).

¹¹⁷ “A inconstitucionalidade da lei significa o rompimento da relação de compatibilidade com a Constituição” (DO NASCIMENTO e BERNARDI, 2018, p. 5).

¹¹⁸ “Podemos dizer, sem nenhum exagero, que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de controle de constitucionalidade que é *duplamente híbrido*, uma vez que adota mecanismos de controle político e jurisdicional de constitucionalidade, e dentro deste último manteve o intrincado modelo que combina as formas abstrata e concreta de controle. O controle político de constitucionalidade é sempre preventivo; atua no tramite legislativo, ou seja, antes de o texto normativo efetivamente ingressar no ordenamento jurídico” (ABBOUD, 2021b, p. RB-2.9).

incompatíveis com a Constituição¹¹⁹ como suprir omissões legislativas ou atuar para evitar a insegurança jurídica, assegurando a efetiva supremacia constitucional.

O Supremo, face a este paradigma constitucional, passa a ter uma função democrática basilar como guardião da constituição¹²⁰, ou seja, é a ele atribuída a inafastável tarefa de assegurar a manutenção da supremacia constitucional, por meio do exercício do controle de constitucionalidade.

A ampliação das espécies de ação de controle de constitucionalidade aliada ao aumento de legitimados ativos para sua propositura abriu as portas do Tribunal para a sociedade civil¹²¹, trazendo para o seio dos debates jurídicos as expectativas sociais que anteriormente se restringiam à esfera estritamente política.

Aí reside um risco que pode deslegitimar¹²² a atuação do Supremo, quando se deixa contaminar pelo caráter aparentemente político das ações a ele submetidas, isto é, mesmo que sejam ações que possam tratar sobre temas de natureza política, a resposta a ser dada pelo Tribunal deve ser sempre jurídica, nos limites do

¹¹⁹ “Assim sendo, o controle de constitucionalidade é o mecanismo utilizado para verificar possíveis incompatibilidades das demais normas face ao texto supremo constitucional. Todas as vezes que as normas não adequarem aos parâmetros constitucionais, passando por este controle de constitucionalidade, as mesmas serão declaradas inconstitucionais pela Corte Constitucional brasileira. A Supremacia da Constituição é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, razão pela qual a inconstitucionalidade da lei significará rompimento da relação de compatibilidade do texto constitucional” (DO NASCIMENTO e BERNARDI, 2018, p. 5).

¹²⁰ “Ora, é papel irrenunciável das cortes constitucionais, do Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro, a guarda e defesa da Constituição, como esta mesma bem assegura. Guardar a Constituição é sim zelar para que esta não seja alterada de modo a ofender a si mesma (ou seja, é necessário sim o controle independente de emendas constitucionais, tendo em vista o que prevê, por exemplo, o parágrafo 4º do art. 60 da CF/88). Guardar a Constituição significa também zelar para que leis e atos normativos infraconstitucionais não venham de encontro ao que postula o Texto Magno. Entretanto, guardar a Constituição é, precípua e fundamentalmente, assegurar que os princípios, valores e ideais que norteiam a Constituição Federal sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão, no convívio da sociedade. Direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, direito a um meio ambiente equilibrado, à saúde, educação, segurança, cultura, lazer, enfim, toda o extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais enumerado pelo texto constitucional devem ser guardados pelo STF, mas não só por esse observado. Ou seja, esses direitos são garantias dos cidadãos, e devem ser observados durante toda a atuação da República Federativa brasileira, independentemente se se trata de atividade típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário” (ARABI, 2013, p. 12).

¹²¹ “Nessa toada, um dos mais importantes votos de confiança dados pelo constituinte à sociedade civil foi, justamente, a ampliação dos legitimados para a propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade” (BRANDÃO e NUNES, 2018, p. 8).

¹²² “Dito de outra forma, ao resolver questões constitucionais, o Supremo não poderá assumir para si o dever de corporificar a vontade do povo, ou refletir os anseios inauditos por um regime democrático mais funcional. Em lugar disso, sua autoridade deverá se assentar na sua capacidade de chegar às melhores soluções constitucionais para os casos postos à sua frente, dentro dos limites impostos pelo direito” (ABBOUD, 2021b, p. RB-10.19).

estabelecido pela Constituição Federal e pelo sistema normativo¹²³, com indispensável fundamentação jurídica, sendo absolutamente inaceitável qualquer outro fundamento que não o jurídico¹²⁴.

O sistema constitucional, tal como estabelecido, impõe ao Supremo Tribunal Federal que atue conforme as regras legais, uma vez que sua legitimação decorre unicamente do próprio ordenamento jurídico.

Assim, caso eventualmente uma decisão vá além dos limites legais para sua fundamentação, a legitimação do Corte, que é estabelecida pelas normas positivadas, abre a possibilidade de sofrer questionamentos políticos, em uma seara estranha à de uma Corte de Justiça.

3.2 Fundamentação das decisões judiciais como garantia democrática

A função judicial é exercida, precipuamente, mediante decisões judiciais. É por intermédio delas que o Judiciário realiza a jurisdição, concretizando a função a ele designada pela Constituição. Trata-se, em última análise, do poder destacado ao Judiciário para, solucionando a lide a ele apresentada, dizer o direito¹²⁵. É, portanto,

¹²³ “As regras aprovadas são pensadas para constituir um código a partir do qual cada um irá se orientar apesar de suas diferenças. Sendo a primeira obrigação política seguir as leis. A legislação democrática contém valor intrínseco referente à integridade do direito ao mesmo tempo em que é o mecanismo mais valioso para assegurar a isonomia dos jurisdicionados. Ainda com Waldron compreendemos que direito e lei são instâncias distintas e que a forma de modificação da lei deve ocorrer por meio da linguagem legislativa. Há corrupção institucional na modificação da lei pelo Judiciário. O mecanismo dessa corrupção é o próprio ativismo judicial. Essa afirmativa em nenhum momento significa que o direito não seja alterado por decisões judiciais ou que decisões judiciais não sejam elementos integrantes da formação do direito. Contudo, se os juízes deliberadamente pretenderem modificar a lei ou fazer sua suplantação, estará caracterizada quebra no processo democrático. O código do que seria legítimo ou ilegítimo enquanto conduta, não é tarefa do Judiciário normatizar, mas sim do Legislativo. O Judiciário deve se ater a definir o que é lícito e ilícito mediante interpretação dos padrões de legitimidade impostos pelo Legislativo” (ABBOUD, 2021b, p. RB-10.18).

¹²⁴ “A fundamentação das decisões judiciais é a forma de legitimação da atuação estatal e por isso não deve ficar sujeita às meras vontades dos agentes estatais. Direito não deve ser visto como puro sinônimo de poder. Por essa razão, filiado à ideia de que há a possibilidade de obtenção de respostas adequadas à Constituição e de que a Constituição deve ser o parâmetro de verificação de legitimidade da decisão, o trabalho conclui no sentido de que a partir de uma teoria da decisão pautada no respeito à Constituição e baseada em uma coerência com a tradição argumentativa pode-se chegar à resposta mais ou menos adequada ao caso concreto, isto é, que pode ser apta a continuar com a tradição argumentativa antecedente e que é minimamente capaz de dar previsibilidade e estabilidade às decisões futuras” (THEODORO, DOS SANTOS e NASCIMENTO, 2021, p. 20).

¹²⁵ “Sob uma perspectiva contratualista, da qual o trabalho toma por base, a partir do momento em que os indivíduos se sujeitam à vida em Estado, com a diminuição de suas liberdades para a fuga do estado de natureza, à organização criada foi dado o poder-dever de decidir sobre as questões em

mecanismo de criação do direito positivo.

Na lição de Hans Kelsen:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou juris-'dição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um carácter simplesmente declarativo, mas um carácter constitutivo (2009, p. 264).

O controle sobre o exercício da atividade jurisdicional se dá mediante a adoção de um mecanismo democrático e com característica de direito fundamental do cidadão¹²⁶. Trata-se de uma obrigação jurisdicional cuja desobediência causa nulidade da decisão judicial.

A própria Constituição Federal que estabelece tal requisito, quando dispõe que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, pena de nulidade¹²⁷.

A fundamentação da decisão judicial, ao adquirir tal importância, de direito fundamental do cidadão¹²⁸, pode ser encarada, pelo prisma democrático, sob dois enfoques, sendo o primeiro o da efetivação do sistema democrático, com o Poder Judiciário atuando dentro da limitação estabelecida pelos preceitos constitucionais, como também sob a visão da teoria do direito, a fim de assegurar que o mecanismo de elaboração do direito concreto, por meio da decisão judicial, deve obedecer às normas vigentes.

Existe, também, um terceiro aspecto relevante, que, por não ser objeto desta pesquisa, não será analisado com maior profundidade, que é o direito que as partes litigantes de terem acesso às razões que motivaram o julgador a decidir a lide

conflito, a decisão judicial passa a ser pura e clara manifestação deste poder" (THEODORO, DOS SANTOS e NASCIMENTO, 2021, p. 3).

¹²⁶ "A fundamentação das decisões – o que, repita-se inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão" (MENDES e BRANCO, 2021, posição 25541).

¹²⁷ Art. 93 (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

¹²⁸ "A motivação das decisões é imprescindível para a defesa contra decisionismos e arbitrariedade a serem perpetradas pelo Judiciário. Tanto é que José Carlos Barbosa Moreira considera a motivação das decisões judiciais garantia constitucional do cidadão inerente ao Estado Democrático de Direito" (ABBOUD, 2012, p. 5)

de uma ou de outra forma¹²⁹.

Importante frisar que o dever de fundamentação nem sempre foi, historicamente, relevante para a efetivação da jurisdição¹³⁰, especialmente quando se estava diante do sistema do juiz “boca da lei” posto que a atividade hermenêutica não consubstanciava mecanismo relevante para a consecução do direito concreto¹³¹.

Naquela época, com a supremacia do Legislativo, cabia ao julgador somente subsumir silogisticamente o caso concreto à lei, sem qualquer função interpretativa. Em decorrência disso, a decisão judicial não produzia direito, senão revelava o direito anteriormente previsto pelo legislador – no caso da escola exegética – ou pelos doutos – no caso da jurisprudência dos conceitos.

Era um Poder Judiciário fraco, sem uma função estatal tão relevante dentro do sistema democrático. Reconhecia-se somente os poderes populares – o legislativo e, em alguns casos, o executivo – como poderes fortes, capazes de exercer satisfatoriamente os preceitos democráticos.

Entretanto, e impulsionado pelo giro linguístico¹³² que surge dentro da filosofia e se espalha sobre as teorias do direito, afasta-se a ideia de que o texto normativo seria a única e exclusiva tradução da norma – posto que abriria as portas para o relativismo –, trazendo para dentro da Jurisprudência a filosofia do direito como mecanismo indispensável para a produção normativa, reconhecendo que “linguagem

¹²⁹ “Há ainda uma finalidade que merece total importância. A fundamentação tem por objeto levar compreensão às partes. Ao buscar a tutela jurisdicional, a parte busca defender direito inerente aos seus interesses (regra geral). O magistrado, ao declarar a existência de um melhor direito, em prejuízo de outro, deve buscar convencê-la, bem como à sociedade, de que o direito aplicável àquele fato leva à conclusão alcançada. Assim, o ônus do convencimento não se impõe somente às partes, mas a todos, sobre a legalidade e da justiça da decisão” (MIRANDA, 2014, p. 44).

¹³⁰ “Portanto, houve épocas nas quais não era necessário fundamentar as decisões judiciais justamente porque decorria da vontade do prolator, e o magistrado além de não se encontrar obrigado a fundamentar por vezes deveria ter por prudência não o fazer, haja vista que a exposição dos motivos poderia trazer à tona alguma nulidade ou desconformidade com o direito” (THEODORO, DOS SANTOS e NASCIMENTO, 2021. p. 11)

¹³¹ “O direito era aplicado a partir de um método silogístico. A lei – premissa maior – deveria ser subsumida ao caso – premissa menor – pelo juiz, a partir do que se chegava à decisão judicial – conclusão. O juiz não estava autorizado a qualquer tipo de criação. Era a boca fria da lei, a quem cabia pô-la em prática por meio de um exercício semiautomato de detecção do preceito legal aplicável aos casos postos *sub judice*” (ABBOUD, 2021b, p. RB-1.5)

¹³² “A partir daí, a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito. Além disso, a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade. Assim, a linguagem não se resume a uma racionalidade epistemológica, mas transborda essa esfera ao se apresentar como condição para uma racionalidade prática, de modo a unir a racionalidade teórica a uma racionalidade prática” (PEDRON, 2011, pp. 3/4).

e compreensão são fatores que estão implicados numa estrutura circular própria daquilo que se chama círculo hermenêutico” (ABBOUD, 2021b, p. RB-1.45).

Com isso, a decisão judicial deixa de ser um ato silogístico, puramente embasado no texto normativo, como se se procedesse uma equação matemática, concretizando unicamente a vontade da lei ou do legislador (ABBOUD, 2021b, p. RB-1.52).

Como decorrência deste giro linguístico, a fundamentação da decisão judicial ganha importância capital como legitimadora do exercício democrático da atividade jurisdicional, trazendo um elemento relevante para dentro da decisão judicial, qual seja a hermenêutica¹³³.

Sob este novo fundamento teórico, fundamentar a decisão judicial está intimamente relacionada com o sistema democrático¹³⁴. É uma maneira de contenção da atividade jurisdicional, vinculando-a à vontade popular, pois a fundamentação deve se dar nos limites impostos pelas normas regularmente aprovadas pelos representantes populares eleitos. É também um mecanismo de legitimação do Judiciário perante o sistema democrático, a fim de assegurar que seus atos possam ser controlados^{135 136}.

Para Mendes e Branco:

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução

¹³³ “De acordo com o que concluímos nos tópicos anteriores, não há um descobrir da norma a partir de um significado já contido dentro de seu texto, e sim um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. Toda interpretação é, ao mesmo tempo, uma aplicação que culmina no ato produtivo da norma, que, por sua vez, não pode corresponder ao texto normativo que representa seu programa” (ABBOUD, 2021b, p. RB-1.52).

¹³⁴ “A fundamentação da decisão judicial serve, pelo menos, a dois principais propósitos, quais sejam: um social e outro estritamente jurídico. Ou seja, quando a decisão é fundamentada, ela servirá de expressão à sociedade de como o direito responde a determinado problema. Ela servirá para guiar as condutas futuras na sociedade. Por outro lado, a fundamentação se mostra como uma exigência jurídica para que a decisão esteja de acordo com os ditames requeridos pelo Estado Democrático de Direito Assim, por exemplo, uma decisão que não contenha a devida fundamentação, ou, ainda, tenha uma fundamentação deficiente, não pode ser considerada como válida juridicamente. Existem dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência” (FREITAS, 2015, p. 18).

¹³⁵ “Decisões sem fundamentação apenas deslegitimam o poder judiciário e, ao fim e ao cabo, retiram das partes o próprio acesso à justiça” (THEODORO, DOS SANTOS e NASCIMENTO, 2021, p. 19).

¹³⁶ “A fundamentação (devidamente motivada) é, antes de tudo, garantia para assegurar sua adequada revisão em instância superior ou no plano de controle de constitucionalidade” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 25575).

linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice (2021, posição 25607).

Por esta razão que a legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código de Processo Civil, estabelece regras específicas sobre o assunto, exigindo que a decisão judicial, para que seja considerada fundamentada, ou seja, que preencha as exigências constitucionais de validade e legitimidade, deverá obedecer certos requisitos, tais como a impossibilidade de utilização de conceitos jurídicos indeterminados, invocação de motivos que serviriam para qualquer decisão e não especificamente para aquela e ausência de indicação dos fundamentos determinantes que levaram à conclusão judicial alcançada¹³⁷.

A legitimação da atividade jurisdicional, concretizada por meio das decisões judiciais, não está somente ligada à Constituição, mas sim ao sistema normativo como um todo, exatamente porque é preciso que se reconheça que, se a legitimação do Poder Judiciário é originada na Constituição, ela também é por ela – e pelo ordenamento jurídico – restringida.

Inconcebível que um julgador que retira do sistema normativo sua legitimação para atuar possa ultrapassar os limites que este próprio sistema estabelece para a sua atividade. A liberdade judicial, pressuposto indispensável à regular atividade jurisdicional, não é absoluta, pois encontra limitações justamente nas mesmas normas que atribuem ao magistrado sua prerrogativa de independência funcional.

Não se mostra conforme o sistema constitucional democrático contemporâneo decisões judiciais com fundamentação estranha ao sistema normativo¹³⁸ ou sem fundamentação.

¹³⁷ Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015).

¹³⁸ “Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários” (MENDES e BRANCO, 2021, posição 25552).

3.3 Degeneração do direito, os princípios da colegialidade dos tribunais e da reserva de plenário, e as decisões monocráticas nos órgãos colegiados

As exigências constitucionais para o exercício da atividade jurisdicional têm influência direta na compreensão do próprio direito. A necessidade de fundamentação da decisão judicial reflete em como os magistrados exercem sua atividade jurisdicional, precisando vincular suas decisões às regras postas¹³⁹.

Por isso, é preciso compreender que quando as decisões judiciais desobedecem a esse sistema democrático de legitimação judicial, pode haver uma degeneração do direito e, por via de consequência, da própria democracia¹⁴⁰.

Pode-se concluir de tal maneira quando se compreende que a democracia é fundada em um Estado de Direito, regido pelas leis, que asseguram os direitos dos cidadãos e os protegem contra os abusos do Estado, mas que também não permitem que o mesmo Estado, por intermédio de um de seus poderes, possa violar o sistema normativo sob o pretexto, por mais nobre que possa parecer, de assegurar os direitos dos cidadãos.

A violação pode ocorrer, primeiramente, quando as decisões judiciais ultrapassam os limites normativos impostos pelo ordenamento jurídico, atuando os magistrados fora do sistema do direito, trazendo elementos externos, sem a necessária vinculação de sua conformidade com as regras positivadas¹⁴¹.

¹³⁹ “Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui” (COMPARATO, 2004, p. 1)

¹⁴⁰ “Ocorre que há uma resposta que ontologicamente ne todos os aspectos positivos na defesa da preservação do direito: preservar o direito, democraticamente produzido, é sempre preservar a democracia em si. Não já democracia saudável que possa conviver com uma ordem jurídica vilipendiada ou que, cotidianamente, é exercida em vilipêndio às estruturas democráticas. Ao mesmo tempo, toda degeneração da democracia é uma forma de degeneração do próprio direito e vice-versa. A destruição pode se dar pela degeneração das leis, das instituições, mas principalmente por meio das decisões judiciais” (ABBOUD, 2021a, pp. 26/27).

¹⁴¹ “Na medida em que buscamos a necessidade de justificar o direito a partir de critérios estatísticos, ideologias políticas ou pela própria moral, acobertamos a troca de fundamentos do jurídico. Associar a legitimidade e a validade do direito à ideologia, economia, política é abrir caminho para a degeneração. É abandonar o *common ground* do respeito à legalidade democrática. É transformar o direito em que a concordância está atrelada ao fato de a decisão estar em concordância com

É necessário que se consigne que as decisões judiciais somente se mostram democraticamente legítimas quando proferidas dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico estabelecido pelos poderes eleitos e com legitimação popular. O poder judiciário somente cria direito dentro das regras postas, não lhe é autorizado produzir direito para além do sistema normativo.

A degeneração se dá, também, quando não é possível exercer controle de conformidade e de legitimidade das decisões judiciais. Este problema talvez não se mostre tão relevante no plano das instâncias ordinárias, vez que o sistema processual assegura mecanismos recursais aptos a impugnar as decisões.

No entanto, nos tribunais superiores e, especialmente no Supremo Tribunal Federal, este problema se mostra deveras relevante, já que a possibilidade de impugnação das decisões por meio de recursos vai se tornando cada vez mais escassa.

A degeneração não atinge somente o sistema do direito, ferindo a própria estrutura democrática de manutenção e regulação do poder, que somente funciona corretamente quando cada uma das funções estatais atua dentro dos limites constitucionais, respeitando as regras estabelecidas. Qualquer violação a estes critérios resultará em violência à própria democracia¹⁴².

Isso se mostra mais delicado ainda quando se observa que o sistema de regulação da atuação jurisdicional é o da fundamentação de suas decisões, que precisam estar conforme o sistema normativo.

Uma das formas mais evidentes de violação do direito, resultando em sua degeneração, é quando os órgãos superiores do Judiciário – os Tribunais – que devem funcionar sob o sistema colegiado, começam a emitir suas decisões de maneira monocrática, sem levá-las à apreciação do respectivo órgão colegiado, quando estas forem impugnadas validamente por meio de recurso ou assim impuser a lei.

É preciso que se obedeçam as regras atinentes à possibilidade de

minha visão pessoal do mundo. Aqui, a teoria cede para a torcida e o direito passa a ser instrumentalizado para projetos políticos de poder, ainda que sejam projetos divergentes e difusos” (ABBOUD, 2021a, p.159).

¹⁴² “É absolutamente não *democrático* que, no momento de construção da norma, o julgador se utilize dos *seus* valores, convicções e ideologias, impondo-os a toda a sociedade. Sob a ótica ativista, a determinação do Direito passa a depender da subjetividade daquele que decide, como se o sentido dos textos pertencesse ao intérprete. Não por outra razão, a compreensão do ativismo judicial sempre nos remete a discussões sobre a normal e adequada função/atuação dos juízes. Quando falamos em ativismo, obrigatoriamente, falamos em estrapolação de limites na atividade judicante” (ABBOUD, 2021b, p. RB-10.4).

concessão de manifestação monocrática, sendo imperiosa a obediência à submissão desta decisão ao plenário caso assim a lei determine ou ela tenha sido objeto do recurso pertinente.

Esta conduta viola frontalmente um dos preceitos da estrutura do funcionamento da Justiça. Os Colegiados não existem para funcionar por meio de decisões monocráticas não submetidas ao colégio¹⁴³.

Quando um magistrado que decide monocraticamente não leva sua decisão a seus pares, o controle das decisões judiciais, e a verificação da conformidade de sua fundamentação, resulta desobedecido, em afronta direta aos preceitos constitucionais¹⁴⁴.

Constata-se com mais evidência quando ocorre na Corte Suprema, especialmente no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, posto que a decisão proferida nesta seara se dá em contraponto à atividade de outro poder estatal, não possuindo efeito em relação a um caso concreto, com alcance para todos¹⁴⁵.

E isso se dá, primeiramente porque suas decisões possuem natureza definitiva, uma vez que não são submetidas a controle perante nenhum outro órgão judicial, e em segundo lugar porque o órgão colegiado não pode existir baseado na vontade de um único membro, senão pela vontade de todos os seus integrantes¹⁴⁶.

¹⁴³ “Ao ser considerada um dogma, a categoria da colegialidade volta a ser discutida a partir de um possível esvaziamento de suas funções com o aumento dos poderes do relator. Algumas modificações legislativas permitiram que o relator do processo ou recurso resolvesse a questão judicial envolvida antes mesmo da sua submissão ao colegiado. É possível pensarmos inclusive que o agravo interno, que é uma figura criada para recorrer da decisão do relator e finalmente submetê-la ao colegiado, representaria uma tentativa de preservação ao dogma da colegialidade, demonstrando que o objetivo das modificações legislativas não era esvaziar a sua competência até se inverter a lógica do sistema recursal para o julgamento singular ou monocrático” (DOS REIS, 2017, p. 43).

¹⁴⁴ “Assim, liminares monocráticas – justificadas em princípio como um mecanismo para *garantir a autoridade futura da decisão do plenário* – podem ser utilizadas no sentido oposto, para neutralizar o controle do plenário sobre uma ação estritamente individual que, hoje, produz efeitos no mundo tomando para si a autoridade da decisão futura que talvez nunca chegue. Na prática, esse *loop* permite aos ministros realizar o que podemos chamar de “*judicial review individual*”, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual” (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, pp. 25/26).

¹⁴⁵ “A atuação monocratizada dos Tribunais Superiores, não obstante, ser um mecanismo para assegurar eficiência na gestão dos diversos recursos, tem apresentado problemas de diversas nuances, em especial no controle abstrato de constitucionalidade. Esses problemas aumentam em relação ao STF em virtude da influência e da importância máxima exercida pelo Supremo Tribunal Federal” (ABBOUD, 2021b, p. RB-3.21)

¹⁴⁶ “Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor do tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma

O controle das decisões judiciais – visto que a atividade jurisdicional não se submete ao controle popular – deve ser realizado por meio da verificação de conformidade de sua fundamentação com o sistema normativo¹⁴⁷, e uma das maneiras – ou a única, no caso da Corte Suprema – é por meio de validação de eventual decisão monocrática pelo órgão colegiado¹⁴⁸.

Dito de outra forma, a única maneira de legitimação constitucional das decisões judiciais emanadas da Corte Suprema é quando proferida pelos seus órgãos colegiados¹⁴⁹. As decisões monocráticas podem até se manter legítimas enquanto não submetidas ao colégio por impossibilidade – seja material ou formal –, mas essa legitimação não é permanente e depende, necessariamente, da validação dos pares.

Entretanto, algumas vezes as decisões monocráticas não são submetidas a julgamento em plenário em tempo hábil para evitar o perecimento do direito e

sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade” (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 30).

¹⁴⁷ “Essa hegemonia judicial, entretanto, para se compadecer com o estado de direito, em cujo âmbito não há espaço para o arbítrio, há de ser exercida de conformidade com padrões mínimos de razoabilidade, motivo por que, sem o propósito de inviabilizar o exercício da jurisdição, tem-se como absolutamente indispensável – até porque se trata de um imperativo constitucional – exigir-se dos juízes que motivem e justifiquem, exaustivamente, as suas decisões, de modo a torná-las controláveis pela sociedade” (COELHO, 2006, p. 23).

¹⁴⁸ “No desenho institucional em tese, a supervisão pelo plenário seria a melhor aposta de controle desse poder individual. Os ministros individuais seriam agentes do plenário, decidindo com urgência de modo a preservar a autoridade futura da decisão colegiada, que poderia sempre discordar da liminar e revogá-la. Na prática, porém, pela interação entre poderes de agenda e poderes de decisão, a supervisão do plenário acaba se tornando opcional. O relator do processo pode impedir que sua liminar seja liberada para apreciação pelo colegiado. Mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário – a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual” (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 24).

¹⁴⁹ “O STF, por outro lado, é um órgão colegiado. As suas decisões, hipoteticamente, devem ser fruto da deliberação dos seus membros reunidos em Plenário ou nas Turmas. São estas que dão legitimidade às decisões do Supremo, não a mera profusão de decisões individuais (liminares e finais) ou o agregado de manifestações desconexas. O cenário se agrava quando há decisões individuais contraditórias entre Relatores e Presidentes do órgão, o que fragiliza a sua capacidade de garantir estabilidade ao Estado de Direito instituído pela Constituição” (DOS REIS e MEYER, 2021, p. 8).

acabam resultando em perda do objeto do processo^{150 151}.

Em outras palavras, a decisão de um membro do colegiado, não submetida a controle perante seus pares prevalece sobre decisões de outros poderes, sem que se respeitem as regras relativas ao exercício da função jurisdicional.

À vista disso que o legislador infraconstitucional fixou que nas ações de controle abstrato de constitucionalidade as medidas cautelares somente serão proferidas, em regra, obedecida tanto a reserva de plenário quanto o quórum qualificado de maioria absoluta dos membros da Corte.

Portanto, nos dizeres da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, as medidas cautelares em ADI, ADC e ADO somente serão concedidas quando presentes oito ministros na sessão e julgamento e pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte, ou seja, por seis ministros¹⁵².

A única exceção prevista nesta norma diz respeito ao recesso, quando será autorizado ao presidente da corte, excepcionalmente, proferir decisão monocrática, ante a impossibilidade de reunião do Tribunal para o julgamento da cautelar.

Tal previsão, especialmente quanto à reserva de plenário, visa a consignar que as decisões que afastem a eficácia de uma norma aprovada mediante processo legislativo complexo e com a participação coletiva dos parlamentares, devam ser

¹⁵⁰ “Nesse grande volume de decisões, e considerando o espaço limitado da pauta do STF, não é surpreendente que longos períodos de tempo se passem até que o plenário ou as turmas possam se manifestar sobre liminares monocráticas. Entre 2007 e 2016, passaram-se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo. Considerando-se apenas as decisões *concessivas* de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram-se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias” (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 24)

¹⁵¹ “O percentual de monocráticas compõe a grande maioria dos atos judiciais. Em relação às decisões analisadas no intervalo 1988-2018, 72.4% foram tomadas individualmente, sendo 60.65% em demandas de controle concentrado de constitucionalidade, 72.39% quando o Supremo atuou como instância originária e 72.49% quando a Corte fez o papel de ente recursal. Quando as decisões individuais servem de filtro à atuação das instâncias colegiadas para impedir o seu congestionamento com casos repetitivos, entende-se que são justificadas. O problema se dá quando liminares são tomadas à revelia de pronunciamentos coletivos prévios acerca da controvérsia trazida e, agravando o problema, o seu prolator não as coloca à disposição das Turmas ou do Plenário. É nessas ocasiões que pode ocorrer o ‘sequestro’ da pauta do STF” (DOS REIS e MEYER, 2021, p. 12).

¹⁵² Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

tomadas no exercício da jurisdição constitucional quando presentes oito ministros – de onze – na sessão de julgamento.

É uma regra assecuratória que almeja impedir que decisões dessa natureza sejam julgadas em sessão com poucos ministros presentes, de modo a garantir um debate mais aprofundado do tema.

Por outro turno, o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o procedimento para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, abriu a possibilidade de concessão de medida liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno, de maneira monocrática pelo relator da ação¹⁵³, quando se verificar extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso da Corte.

De tal sorte que não existe um rito unívoco para a concessão das medidas cautelares em ação de controle abstrato de constitucionalidade, havendo, para alguns, a possibilidade de que a regra prevista para a ADPF também possa ser aplicada para as demais ações, ou seja, para ADI, ADC e ADO. Nesse sentido é a lição de Mendes e Branco:

É claro que a lei não pode prever todas as possíveis hipóteses que possam configurar a urgência da pretensão cautelar. Podem naturalmente ocorrer casos em que a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido de medida cautelar leva à completa perda de sua utilidade. Assim, parece legítimo admitir a concessão da liminar por decisão monocrática do Relator, no exercício do poder geral de cautela. Aqui, poder-se-ia considerar, igualmente possibilidade de aplicação analógica do § 1º do art. 5º da Lei n. 9.882/99, referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que permite a decisão cautelar monocrática 'em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave'. Nessa hipótese, é imprescindível a submissão imediata, na Sessão Plenária seguinte, da decisão cautelar ao referendo do Tribunal (art. 21, V, do RISTF) (2021, posição 31843).

Ao analisar o assunto, assim asseverou o Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Roberto Barroso:

Também não assiste razão ao agravante quanto à alegação de que a decisão agravada teria contrariado a Lei nº 9.868/1999. A medida cautelar é providência de caráter excepcional, à vista da presunção de

¹⁵³ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

validade dos atos estatais. Como regra geral, ela somente será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Todavia, sua concessão monocrática justifica-se pelo exercício do poder geral de cautela, no caso de situação urgente e inadiável, como a que se sucedeu. Portanto, por vezes, a excepcionalidade do caso concreto, em face de urgência qualificada, permite ao relator a concessão de medida cautelar a ser referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Essa possibilidade encontra firme respaldo em vários precedentes desta Corte. Confirmam-se, entre outros: ADI 2.849-MC (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28.03.2013), ADI 1.899-MC (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 13.10.1998) e ADI 4.307-MC (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 02.10.2009) (BRASIL, 2015).

Com isso, e ante a grande relevância de preservar tanto a colegialidade das decisões dos tribunais quanto a cláusula de reserva de plenário, as medidas liminares proferidas em ação de controle de abstrato de constitucionalidade não devem ser, salvo em situações excepcionalíssimas, proferidas de maneira monocrática.

O exercício da atividade jurisdicional conforme a constituição é indispensável à manutenção da democracia, podendo seu desrespeito descambar em uso abusivo das prerrogativas.

3.4 O sistema normativo como limite e como mecanismo assecuratório da atuação jurisdicional

Por derradeiro, importante constatar que o sistema normativo, que legitima a atuação jurisdicional¹⁵⁴, elevando-o à condição de poder forte¹⁵⁵, mesmo sem a força da espada e controle da bolsa, deve ser o mesmo que limita esta mesma atuação, de modo a impedir que o Judiciário extrapole sua legitimação¹⁵⁶.

¹⁵⁴ “Para além da imprescindível guarda dessas ‘regras preliminares’, incumbe à justiça constitucional a guarda das próprias regras do jogo, cerne do Estado Democrático de Direito, que não podem restar disponíveis à manipulação por maiorias conjunturais. Dessarte, a justiça constitucional não só se legitima democraticamente como constitui instituição importantíssima à preservação do regime democrático” (VIANNA, 2012, p. 16).

¹⁵⁵ “Há muito que se ultrapassou o paradigma do juiz como mera ‘bouche qui prononce les paroles de la loi’. O exercício do poder judicial não implica somente uma lógica subjuntiva ou uma mera aplicação mecânica de disposições normativas, mas acaba por envolver, como não poderia deixar de ser, uma certa componente criadora. De uma visão de juiz-funcionário, cuja atividade assentava em silogismos jurídicos, transitou-se para uma perspectiva da função judicial como instrumento ativo do processo político, que influencia a própria realidade social” (BOTELHO, 2018, p. 120).

¹⁵⁶ “Nestes termos, o Tribunal Constitucional não possui funções colegislativas, sendo a sua atividade controladora limitada pelo próprio texto constitucional e vinculada ao ‘padrão de controlo’. É de todo interesse que o reino da Política não se sobreponha ao reino do Direito, sob pena de este se desvirtuar e perder a sua autonomia funcional” (BOTELHO, 2018, p. 119).

Como visto, o Judiciário, e mais especificamente para fins deste estudo, a Jurisdição Constitucional, surge como solução institucionalmente constitucionalizada ao problema democrático da tirania da maioria, devendo atuar, dentre outras atribuições, como força contramajoritária àquelas legitimadas popularmente por meio do voto¹⁵⁷.

É a solução criada pelo constitucionalismo moderno para impedir a ascensão de líderes populistas, preservando as regras democráticas como instrumento de salvaguarda da população.

Nesta toada, a proteção das minorias que não encontram representação democrática nos poderes tidos como populares – legislativo e executivo – fica a cargo do Judiciário, seja atuando como legislador negativo¹⁵⁸, ao impedir que adentrem no ordenamento jurídico normas contrárias ao sistema normativo constitucional, bem como, de maneira absolutamente excepcional, legislador positivo, quando por inércia dos demais poderes, algum direito fundamental não pode ser eficazmente exercido.

Apesar da textura aberta¹⁵⁹ do direito, é preciso que se reconheça que o sistema normativo deve, sempre que possível, trazer soluções precisas para os problemas apresentados ao judiciário. Esta relação entre as soluções positivadas e a função jurisdicional traz maior segurança ao sistema democrático, buscando impedir que decisões sejam tomadas fora dos limites postos pelo sistema normativo.

¹⁵⁷ “Assim, o fundamento básico da legitimidade material da Justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo, pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente, como ensina Norberto Bobbio ao afirmar que sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar” (DE MORAES, 2003, p. 11).

¹⁵⁸ “No limite, podemos admitir que o Tribunal Constitucional atua à semelhança de um ‘legislador negativo’ (negative Gesetzgeber) tal como entendeu Hans Kelsen em inícios do século passado. Nesses termos, o legislador cria normas e define opções primárias na ordem jurídica (input positivo). A esta normação criadora, o Tribunal Constitucional pode responder com a invalidação de tais normas, anulando portanto o momento criador do legislador, fazendo cessar a vigência da norma (BOTELHO, 2018, p. 119/120)

¹⁵⁹ “A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso” (HART, 2009, p. 175).

Portanto, não se está a falar em completude do sistema normativo¹⁶⁰, já que é inevitável a compreensão de que o direito não é capaz de prever eficazmente todas as situações fáticas que pode haver em sociedade¹⁶¹. É necessário que o sistema normativo tente ser o mais completo possível, a fim de trazer maior segurança jurídica ao sistema, por meio de duas estratégias possíveis, ou seja, a legislação e o precedente.

Assim leciona Hart:

Duas estratégias principais, à primeira vista muito diferentes entre si, vêm sendo usadas para a comunicação desses padrões gerais de condutas antes que ocorram as sucessivas ocasiões em que devem ser aplicados. Uma dessas estratégias faz uma aplicação máximas, e a outra, mínima, dos termos classificatórios gerais. Típica da primeira é aquilo que chamamos de legislação, e, da segunda, o precedente (2020, p. 161).

Embora se reconheça a existência de lacunas no sistema normativo¹⁶², ante a impossibilidade de previsão de todas as situações fáticas que se pretende normatizar e todas as formas de interpretação possível a partir de um mesmo texto, tanto mais seguro e fechado um sistema será quanto menos deixar ao judiciário a prolação de decisões sem limites – no sentido de decidir além do sistema normativo –, pois abre a porta para a entrada de conceitos morais e não positivados como critérios decisórios.

É necessário que o judiciário adote um comportamento positivista quando

¹⁶⁰ “A completude do Direito é, desta forma, um conceito fundamental ao positivismo jurídico clássico e de sua função instrumental de assegurar o monopólio da produção jurídica ao Estado e está, classicamente, ligada à percepção de que o ordenamento jurídico possui todas as normas necessárias para a solução judicial de todos os casos levados à solução estatal, ainda que a norma aplicável ao caso concreto tenha de ser construída por intermédio dos métodos de integração previstos pelo próprio ordenamento” (DA SILVA MARQUES, 2013, p. 6).

¹⁶¹ “A textura aberta do direito, consequência natural do uso da linguagem ordinária, é ainda mais acentuada na tentativa humana de normatizar as condutas, à qual se pode adicionar duas desvantagens que aparecem sempre que se pretende regulamentar, antecipadamente, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão que possa ser utilizado como orientação geral para condutas específicas futuras: a primeira desvantagem apresentada por Hart é a relativa ignorância sobre os fatos futuros; a segunda desvantagem é a imprecisão do objetivo de regulamentação, pois antecipadamente somente é possível ter-se uma ideia geral e finita das características do mundo, bem como de todas as formas pelas quais os elementos humanos podem se combinar no futuro” (DA SILVA MARQUES, 2013, p. 6).

¹⁶² “As lacunas podem atingir o ordenamento jurídico não apenas no seu aspecto formal (ausência de norma predisposta), mas também em seu aspecto semântico. Assim como as teorias positivistas clássicas negaram a existência de lacunas (formais) no ordenamento jurídico, também tendem a negar a existência de lacunas semânticas, pois a textura aberta do Direito constituir-se-ia igualmente em ameaça ao desejo de controle estatal da produção jurídica, tal qual as lacunas formais também constituem” (DA SILVA MARQUES, 2013, p. 20).

da prolação das decisões judiciais.

Nas palavras de Bobbio:

Nessa primeira acepção de positivismo jurídico, positivista é aquele que assume diante do direito uma atitude isenta de valoração, ou objetiva, eticamente neutra, ou seja, que adota como critério para distinguir uma regra jurídica de uma não jurídica sua derivação de fatos verificáveis, como ter sido promulgado por certos órgãos seguindo determinados procedimentos, ou ter sido efetivamente seguida por certo período de tempo por um grupo de pessoas, e não sua correspondência ou não a determinado sistema de valores. A mentalidade que o positivista rejeita é a daquele que inclui na definição do direito elementos finalistas – por exemplo, o alcance do bem comum, a realização da justiça, a proteção dos direitos de liberdade, a promoção do bem-estar –, e por causa dessa inclusão depois é obrigado, se quer ser coerente (felizmente, muitas vezes os antipositivistas não são coerentes), a rejeitar como não jurídicas aquelas normas que, embora promulgadas pelos órgãos competentes, obedecendo aos procedimentos estabelecidos, não servem para alcançar o bem comum, para realizar a justiça ou para garantir a liberdade, para promover o bem-estar (2016, p. 133).

A verificação da conformidade das decisões judiciais em relação a esse sistema deve se dar com o exercício de um direito fundamental, qual seja, a necessária fundamentação das decisões judiciais¹⁶³, pois é através delas que o judiciário explica democraticamente as conclusões alcançadas¹⁶⁴.

Ao se debruçar sobre o tema, assim consignou o ministro Celso de Mello:

É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-lo elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento erigí-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais (BRASIL, 1990).

¹⁶³ “Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da Justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos. Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado, pois, como ressalta Henry Abraham, “as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando” (DE MORAES, 2003, p. 16).

¹⁶⁴ “A título de exemplo, note-se que, no modelo brasileiro, juízes não se submetem à nenhuma modalidade de sufrágio universal, o que não significa que não tenham dever de accountability. Pelo contrário, todos os atos do Judiciário devem ser fundamentados, ou seja, em toda decisão, o julgador deve expor de que forma a solução prestigiada encontra respaldo na lei e na Constituição. A fundamentação é o modo pelo qual o Juiz, na qualidade de agente público, presta contas à sociedade. Reduzir a accountability à eleição significaria afirmar que o magistrado não é accountable perante a sociedade, o que não é, em absoluto, verdadeiro” (ABBOUD, 2021b, p. RB-9.12).

A fundamentação deve ser estritamente jurídica, amparada nas regras do sistema normativo, vez que não se pode falar em fundamentação válida quando se utiliza razões outras que não as jurídicas.

Finalmente, é válido o destaque de que a manutenção da legitimação da jurisdição constitucional se mostra indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais e da proteção ao próprio texto constitucional, uma vez que, caso ocorra erosão desta legitimidade, o respeito às suas decisões será questionado de igual maneira.

Assim, limitada pelas normas postas, a jurisdição constitucional, que possui um papel democrático fundamental no sistema liberal, deve atuar imbuída da efetivação das normas constitucionais e de sua preservação, nunca indo além do que lhe é autorizado pela Constituição.

CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi analisar se, sob o prisma do conceito contemporâneo de democracia liberal, assegurada em um Estado de Direito Constitucional, a atuação do Poder Judiciário, mesmo sendo um Poder que não recebe legitimação por meio de votação popular, o que seria um dos pressupostos democráticos, encontra sustentação democrática.

Historicamente, o conceito de democracia passou por modificações, evoluindo para trazer sistemas de salvaguarda contra eventuais abusos provenientes da vontade da maioria¹⁶⁵, com a elevação do poder judiciário ao posto de guardião da Constituição em um sistema de supremacia constitucional.

Assim, com a existência de uma norma suprema que deve assegurar também às minorias mecanismos de defesa contra abusos do estado ou da tirania da maioria, atribui-se a um poder que não esteja sob a influência da vontade popular, inclusive com um sistema de garantias que assegurem sua independência e isenção, a função de assegurar a manutenção dessa supremacia, mantendo o sistema íntegro.

O Estado de Direito evolui, adotando o modelo de democracia constitucional, com a Constituição sendo o *locus* de proteção dos direitos fundamentais tão caros ao sistema democrático moderno.

A consagração do Estado Constitucional de Direito coloca as instituições, inclusive o poder judiciário e, especialmente a Corte Suprema, como mecanismos de manutenção da democracia liberal contra ameaças populistas, sendo fundamental a preservação da legitimidade da jurisdição constitucional – no caso específico deste estudo – a fim desse evitar que eventuais líderes populistas sequestrem os árbitros com o intuito de consolidar seus projetos iliberais de poder.

De tal sorte que a legitimação para a atuação deste poder decorre justamente do sistema constitucional positivado, que o consagra como seu guardião, especialmente por meio de uma Corte Constitucional, competente para processar e julgar as ações de controle de constitucionalidade, no exercício da jurisdição constitucional.

No sistema brasileiro, o Poder Constituinte, tanto o Originário quanto o

¹⁶⁵ “Atualmente, afirmar que democracia é o governo do povo é muito pouco para tratarmos realmente do que ela é. Democracia não pode ser transmutada apenas em sinônimo de maioria. O motivo é simples: a maioria degenera” (ABBOUD, 2021b, p. RB-9.2).

Reformador, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, a função de julgar quatro espécies distintas de ações de controle de constitucionalidade, abrindo suas portas por meio de uma lista extensa e inaudita na história brasileira de legitimados para a propositura de tais ações.

Essa legitimação, porém, somente se mantém democrática quando o exercício do controle se dá dentro dos limites estabelecidos pelo próprio sistema normativo, ou seja, com obediência às regras impostas não apenas pela Constituição, mas também pelas normas de hierarquia inferior no sistema constitucional.

Portanto, foi possível inferir que o judiciário, que recebe legitimação do próprio sistema constitucional-normativo, somente preservará sua legitimação quando atuar em conformidade com as regras a ele impostas pelos poderes populares.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro [livro eletrônico]**. 5ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro [livro eletrônico]**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALBRIGHT, Madeleine. **Fascismo: Um alerta**. Trad. Jaime Biaggio. São Paulo: Crítica, 2018.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdez [et al]; trad. Gracélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto de Direito brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa. Ano**, v. 1, p. 6472, 2012.

ALVES, Vital Francisco Celestino. A corrupção política na teoria republicana de Rousseau. **PERI**, v. 12, n. 2, p. 55-70, 2020.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Da legitimação democrática do poder judiciário. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 2, n. 1, p. 141-164, 2014.

APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia: Como o autoritarismo seduz e as amizades são desfeitas em nome da política**. Trad. Alessandra Bonruquer. São Paulo: Record, 2021.

ARABI, Abhner Youssif Mota. A ascensão do judiciário e a tensão institucional: judicialização, ativismo e a reação do poder legislativo (PEC 33/2011). **Observatório da Jurisdição Constitucional**, n. 1, 2013.

ARAÚJO, Fátima Maria Leitão. Ideias antagônicas na Revolução Francesa: Rousseau e Sieyès nas origens do Estado francês contemporâneo. **Políticas Públicas e Sociedade**, v. 1, n. 2, 2001.

ARAÚJO, Geórgia Oliveira; ARAÚJO, Luana Adriano. **Guia prático para escrita de projetos de pesquisa em direito**. Fortaleza: Pesquisa e Direito, 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro 1. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 13-32, 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa, Ano**, v. 41, p. 87, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. 1891 – Coleção Constituições Brasileiras, v. 2. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A Separação de Poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Editora Universidade de Brasília, 1980.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Fragmentos de um dicionário político**. Trad. NOGUEIRA, Marco Aurélio. 25ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Trad. CLASEN, Jaime A. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. NOGUEIRA, Marco Aurélio. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. NOGUEIRA, Marco Aurélio. 17ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5ª ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, p. 127-150, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O PODER JUDICIÁRIO E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 1, n. 2, p. 187-209, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES HORTA, Jose Luiz. Um Breve Intoducao a Filosofia do Estado de John Locke. **Revista Brasileira Estudos Politicos**, v. 90, p. 239, 2004.

BOTELHO, Catarina Santos. O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. **Julgar**, n. 34, p. 111-126, 2018.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Relativismo moral em Kelsen: do juspositivismo à democracia. **Revista Direito GV**, v. 16, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF E AS ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL: A SOCIEDADE CIVIL E SEU ACESSO AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. **Direito da Cidade**, v. 10, n. 1, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Brasília, DF: Planalto. 1965.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Planalto. 1969.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF: Planalto, 1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. j. 16/02/2012. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211402/false>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843/PB. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. j. 11/12/2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292573/false>. Acesso em 14 abr. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.365/PB. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília. j. 12/11/2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348065/false>. Acesso em 14 abr. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. j. 13/06/2019c.

Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em 2 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.109/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília. j. 31/05/2019a. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur406924/false>. Acesso em 21 mai. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 94 AgR/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. j. 24/06/2019d. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em 6 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília. j. 03/02/2000. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em 6 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. j. 07/12/2005a. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93411/false>. Acesso em 8 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 72 QO/PA. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília. j. 01/06/2005b. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92470/false>. Acesso em 8 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. j. 15/06/2011a. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em 21 mai. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 526/PR. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília. j. 11/05/2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false>. Acesso em 12 de nov. 2022

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília. j. 22/03/2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443270/false>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 68.202/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. j. 06/11/1990. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153088/false>. Acesso em 13 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº 4733/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília. j. 13/06/2019b. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 24.138/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. j. 28/11/2002. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15518/false>. Acesso em 23 abr. 2022

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 32.033/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator para acórdão: Ministro Teori Zavascki Brasília. j. 20/06/2013. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur255217/false>. Acesso em 24 out. 2022

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 633.703/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. j. 23/02/2011b. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur201670/false>. Acesso em 15 abr. 2022

BRUCH, Tiago Bruno. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, NEOCONSTITUCIONALISMO E RELATIVISMO DAS DECISÕES JUDICIAIS. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 6, n. 2, p. 59-79, 2020.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O conflito entre princípios na Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista de Direito Brasileira**, v. 13, n. 6, p. 74-87, 2016.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Raket Dourado. O caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 3, n. 2, p. 18-37, 2017.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des) harmonia entre os poderes e o diálogo (in) tenso entre democracia e república. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 500-517, 2015.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.

COELHO, Inocência Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, p. 151-159, 2004.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 209, p. 115-132, 2016.

COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo. **Revista de História**, v. 2, n. 5, p. 81-103, 1951.

DA MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF FRENTE A ATUAL SOCIEDADE PLURAL. **Revista FIDES**, v. 9, n. 2, p. 23-36, 2018.

DA SILVA, Alexandre Garrido. **Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo**. 2008.

DA SILVA MARQUES, Elmer. Releitura do dogma da completude sob a ótica da textura aberta do Direito em HLA Hart. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 25-47, 2013.

DA SILVA RODRIGUES, Paulo Joaquim. A importância do Poder Judiciário na tradição liberal: Locke, Montesquieu e “O Federalista”. **Ensaio**, p. 19-32, 2017.

DE ALMEIDA, Vitor Luís. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado**. 2012.

DE AZEVEDO, Débora Mara Correa. A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEPARAÇÃO DE PODERES E PODER REGULAMENTADOR. **Direito Público**, v. 11, n. 56, p. 70-96, 2014.

DE LIMA FILHO, Acacio Vaz. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 293-323, 2000.

DE LIMA PINTO, Emerson; JUNG, Mariana Kovara. Interpretação constitucional: A garantia da supremacia da constituição. **Revista InterAção**, v. 10, n. 2, p. 19-30, 2019.

DE MORAES, Alexandre. Legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 98, p. 291-311, 2003.

DE SOUSA, Rodrigo Ribeiro. Elementos da liberdade republicana em John Locke. **Cadernos Espinosanos**, n. 38, p. 171-188, 2018.

DE SOUZA LIMA, Carolina Alves. Revoluções burguesas: contribuições para a conquista da cidadania e dos direitos fundamentais. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 7, n. 12, p. 95-114, 2016.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista jurídica da Unifil**, v. 4, n. 4, p. 144-158, 2018.

DO AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 17, 1999.

DO NASCIMENTO, Francis Pignatti; BERNARDI, Renato. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866**, v. 11, n. 01, p. 246-264, 2018.

DO VALLE PRETTI, Daniel. Introdução à teoria do conhecimento kantiana. **Ítaca**, n. 31, p. 92-108.

DOS REIS, Ana Paula Cianciosa. Montesquieu E A Ideia De Parlamento No Antigo Regime. **Blucher Philosophy Proceedings**, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2014.

DOS REIS, Ulisses Levy Silvério; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 3, 2021.

DOS SANTOS, Antônio Carlos. Montesquieu e Rousseau: a natureza da sublimidade da razão. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, v. 1, n. 16, p. 216-227, 2010.

DOS SANTOS, Carlos Victor Nascimento. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 3, n. 1, p. 475-524, 2017.

DOS SANTOS, João Paulo Marques. **Justiça Constitucional e a sua função contramajoritária: da limitação à sua legitimação**. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO, PÓSPOSITIVISMO, FORMALISMO-VALORATIVO... A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL NO ESTUDO DO PROCESSO. **Revista ética e filosofia política**, v. 2, n. 15, 2012.

FEFERBAUM, Marina.; QUEIROZ, Rafael Mafei. R. **Metodologia da Pesquisa em Direito - Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

FIORATTO, Débora Carvalho. As nulidades processuais e sua conformidade constitucional no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 17, n. 2, 2016.

FLORÊNCIO, Marcela Proença Alves et al. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. 2018.

FORKOSCH, Morris D. Who are the People in the Preamble to the Constitution. **Case W. Res. L. Rev.**, v. 19, p. 644, 1967.

FREITAS, Franchesco Maraschin. O estado democrático de direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 27, p. 18-41, 2015.

GARCIA, Emerson. *Jurisdição constitucional e legitimidade democrática*. **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 43, p. 187, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**, 6ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1836**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HÄBERLE, Peter. Série IDP - **Textos Clássicos na vida das Constituições**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 9788547203115. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203115/>. Acesso em: 22 fev. 2022.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. 1991.

HESSE, Konrad. Série IDP - **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 9788502139480. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/>. Acesso em: 23 out. 2021.

HILL, Christopher; CROMWELL, O. Eleito de Deus—Oliver. **A Revolução Inglesa**. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.

HOBBS, Thomas. **Leviatã [livro eletrônico]**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2015.

HOBBS, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. Editora Paz e Terra, 2015.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 31, n. 1, 2015.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 97-113, 2004.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. **Direito Público**, v. 13, n. 73, 2017.

JÚNIOR, Helionilto Gomes; GARAGNANI, Arisoli; RODRIGUES, Sandra Correa. A TEORIA DO CONHECIMENTO EM IMMANUEL KANT. **Pensar Além**, v. 4, n. 1, 2020.

JUNIOR, Paulo Eduardo Bodziak. Montesquieu e o poder não-soberano em Hannah Arendt. **Kínesis-Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia**, v. 3, n. 05, p. 167-182, 2011.

KAMPMANN, Fábio Roberto et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. **Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba**, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Fernando Costa Matos. 4ª ed. Petrópolis: Editora Universitária São Francisco, 2015.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLEIN, Joel Thiago; CONSANI, Cristina Foroni. A complementaridade entre os aspectos liberais e republicanos na filosofia política de Rousseau. **Veritas (Porto Alegre)**, v. 62, n. 1, p. 65-97, 2017.

KÖHLER, Marco Vicente Dotto. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional, dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário e conflito intergeracional. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 5, n. 1, p. 215-227, 2017.

KRITSCH, Raquel. Do poder à liberdade civil: elementos fundacionais do pensamento político de Thomas Hobbes no Leviatã. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 114, p. 88-99, 2010a.

KRITSCH, Raquel. Liberdade, propriedade, Estado e governo: elementos da teoria política de John Locke no 'Segundo Tratado sobre o Governo'. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 115, p. 73-85, 2010b.

- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o " positivismo" redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 319-343, 2009.
- LANDAU, David; DOS REIS, Ulisses Levy Silvério; CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Constitucionalismo abusivo. **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 4, n. 7, p. 17-71, 2020.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985.
- LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Versão para eBook eBooksBrasil. com, 2000-2006., 1864.
- LEPORE, Jill. **Estas verdades: a história da formação dos Estados Unidos [livro eletrônico]**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. 1994.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo [livro eletrônico]**. LeBooks Editora, 2018.
- LORENZONI, Lara Ferreira; GALIMBERTI, Tatiane Priori. Idealismo e processo: a influência de Kant nas bases do positivismo jurídico. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. 2018. p. 172-185.
- LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**, [Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor).]
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade [livro eletrônico]**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 201-215, 1994.
- MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves. A harmonia entre os poderes da República Federativa do Brasil e o ativismo Judicial brasileiro. **Rev. Brasileira de Teoria Constitucional, Goiânia**, v. 5, n. 1, p. 54-73, 2019.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 37-44, 2006.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). **Revista Debates**, v. 8, n. 3, p. 97-117, 2014.

MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. Às voltas com a Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 22, n. 1, p. 95-108, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

MEDRADO, Vitor Amaral. O DIREITO EM KANT: UMA POLÊMICA ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional [livro eletrônico]**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Brasília : IDP, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade no Brasil. **Acessado em-05/01/215**, 2016.

MIRANDA, Felipe Arandy. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília, IDP, 2014.

MONTEIRO, João Paulo. A ideologia do Leviatã hobbesiano. **Clássicos do Pensamento Político**. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Luis de. **O espírito das leis [livro eletrônico]**. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Nova Fronteira; São Paulo, 2011.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Trad. Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, n. 7, p. 315-327, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 34, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. **Sociologias**, v. 15, p. 206-246, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim. A Contribuição da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin para a Hermenêutica Jurídica Contemporânea. **Revista do Mestrado em Direito, Brasília**, v. 10, n. 2, p. 431-449, 2016.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ, Brasília, Ano XIII**, n. 47, p. 127-137, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão Hermenêutico-Pragmática da linguagem jurídica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 3, p. 174-190, 2011.

PELICIOLO, Ângela. A sentença normativa da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 174, 2007.

PEREIRA, Thiago Rodrigues. A SUPERACÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9ª ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Zahar, 2020.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 235-260, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7ªed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. Crítica à Pertinência Temática. **Revista da EMERJ**, p. 101, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4ª ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REIS, Isaac. Interpretação na Teoria pura do Direito. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 11-30, 2002.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, 2014.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 2001.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social: princípios do direito político [livro eletrônico]**. Trad. Edson Bini. São Paulo; Edipro, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Saraiva Educação SA, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos Direitos Fundamentais e o STF como “legislador positivo”. **Revista Mestrado em Direito–Direitos Humanos Fundamentais**. EDIFIEO: Osasco, Ano 2013, v. 13, p. 95-134.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FLORES, Pedro Henrique Brunken. Estado de Direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 59-77, 2017.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça [livro eletrônico]**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno manual de metodologia da pesquisa jurídica: ou roteiro de pesquisa para estudantes de direito**. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2020.

SOARES, Alessandro. A democracia direta e a proteção dos direitos das minorias: considerações sobre a tese da tirania da maioria. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 1, p. 265-294, 2018.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris**, n. 3, 2004.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, p. 101-119, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 250-302, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes)-dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 7, p. 13-44, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

THEODORO, Marcelo Antonio; DOS SANTOS, Ruth Maria Pereira; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO MEIO DE CONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 59, p. 703-724, 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América [livro eletrônico]**. Trad. Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019.

TOOBIN, Jeffrey. **Os nove (The nine inside the secret world of the Supreme Court)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

TREVISAN, Mariana Bonat; SALES, Pedro Alexandre Moura. Revolução Francesa—marco da história contemporânea. **Caderno Intersaberes**, v. 9, n. 21, 2020.

VAINER, Bruno Zilberman. A força normativa da constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassalle. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, n. 1, p. 91-100, 2007.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 200, p. 153-164, 2013.

VIANNA, Rodrigo. A legitimidade democrática da justiça constitucional. **Direito Público**, v. 9, n. 47, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

VICENTE, José João Neves Barbosa. Hannah Arendt: considerações sobre a Revolução Americana. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Ática, 2011.

WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**. 1. ed. v. 2. São Paulo: Ática, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Procedimentos Especiais Cíveis: Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003.